



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guida per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

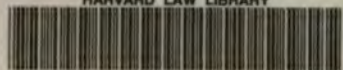
Inoltre ti chiediamo di:

- + *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.
- + *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.
- + *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.
- + *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertarti di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da <http://books.google.com>

HARVARD LAW LIBRARY



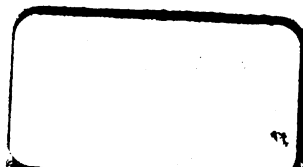
3 2044 084 941 004

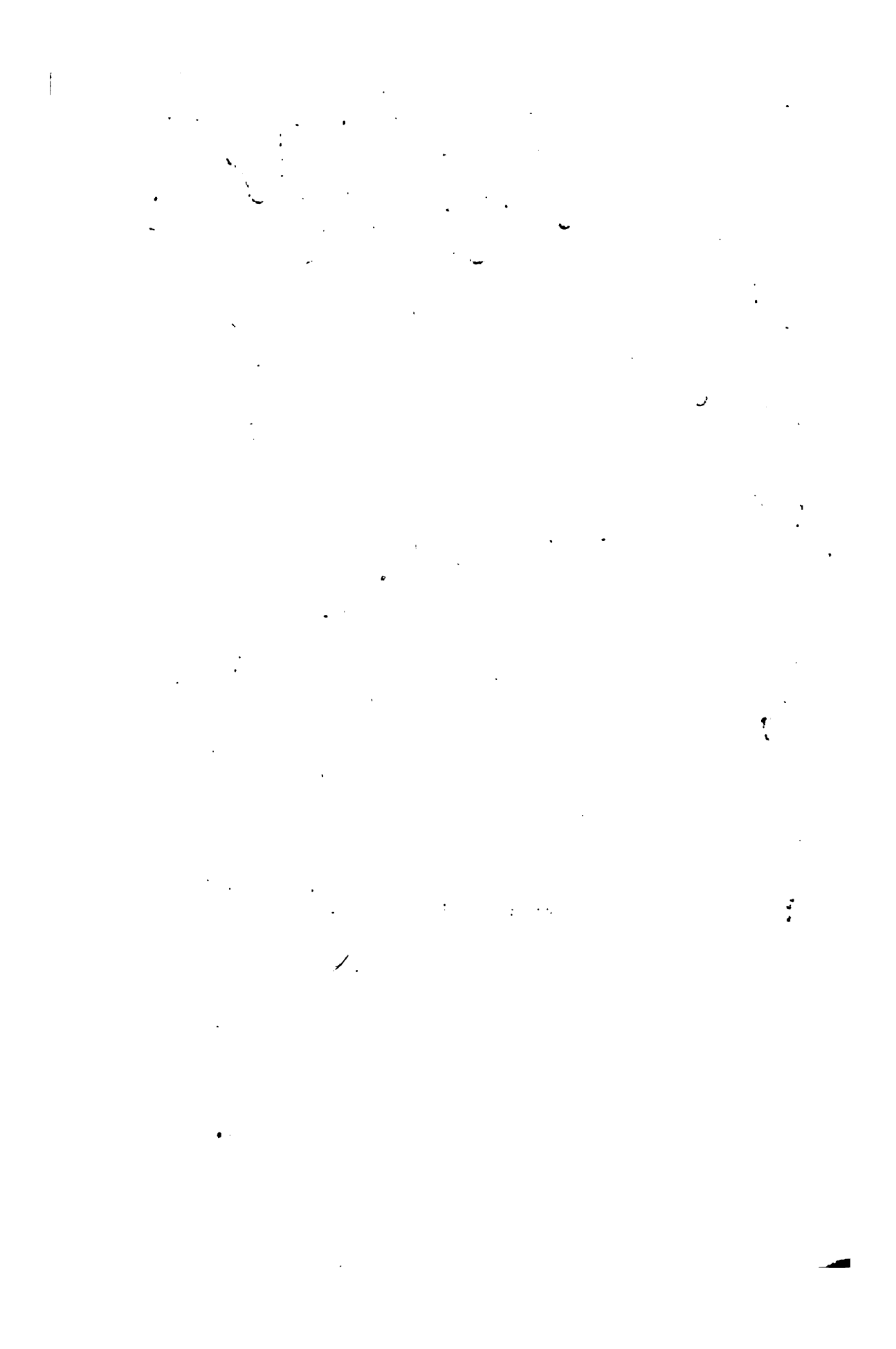
Ms. B. 1. 1926



HARVARD LAW LIBRARY

Received MAY 4 1926





'BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO



78

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

c

X

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO, XV - FASC. ~~147~~

ROMA

ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

Corso Umberto I, 307

(presso il CIRCOLO GIURIDICO)

1903

REC.

6910

MAY 4 1926

IL "DIES IMPOSSIBILIS", NEI CONTRATTI E NEI TESTAMENTI

Saggio sulla teoria del "dies", in diritto romano.

Nello studiare la dottrina del termine nel diritto romano, e nel tentarne una ricostruzione generale ¹⁾, mi è occorso di fermarmi in particolar modo su un punto speciale e sin qui non largamente trattato di quella dottrina, relativo ai termini impossibili e ai loro effetti nei negozi giuridici.

¹⁾ La letteratura sull'argomento non è ricchissima, nè un lavoro completo e dedicato esclusivamente al termine vi ha in essa. Tralasciando i vari trattati, in cui la dottrina è più o meno brevemente esposta (quelli del Savigny, del Windscheid ed altri contengono estesi capitoli sulla materia), vanno rammentati innanzi tutto l'opera dell'ENNÉCERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg, 1888-89, in cui il concetto del *dies* è profondamente studiato in rapporto particolarmente con la teoria delle condizioni, sebbene vi rimanga fuor di discussione il termine finale; la monografia del SIMÉON, *Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts*, Berlin, 1889, che studia in una prima parte la teoria del negozio a termine secondo le norme positive del diritto romano, raccoglie in una seconda i risultati della prima per spiegare la varietà degli effetti che nei singoli negozi giuridici il *dies* produce, lasciando anch'egli però in disparte il termine finale e limitandosi al solo *dies certus*; quella del SALOMON, *Das Wesen des befristeten (auf einen dies a quo gestellten) Rechtsgeschäfts*, Berlin, di natura puramente compilatoria, con lieve esegesi delle fonti, limitata al solo *dies* iniziale. Del termine finale può dirsi che siensi *ex professo* occupati soltanto lo SCHULIN, *Ueber die Resolutiobedingungen und Endtermine*, Marburg, 1875, e lo CZYHLARZ, *Zur Lehre von der Resolutiobedingung*, Prag, 1871. La pregevole monografia dello Schulin è destinata per una prima parte allo studio delle condizioni risolutive, per una seconda a quello del termine finale. Più netta che non in questa è la distinzione che fra termine finale incerto e condizione risolutiva pone nel suo scritto lo Czyhlarz. Limitandosi al solo *dies incertus* questi è riuscito a presentare della teoria una costruzione più soddisfacente dal punto di vista dogmatico. Ma la costruzione dogmatica nocque alla parte esegetica: la quale, sebbene non del tutto trascurata, non vi ha quello sviluppo che l'argomento richiedeva.

Al *dies certus* e *incertus* considerato in contrapposto con la teoria delle condizioni è dedicata la monca e disordinata monografia del LENZ, *Zur Lehre vom*

L'esame dell'argomento e dei testi che vi si riferiscono mi ha fatto nascere non pochi dubbi. E questi mi hanno indotto ad una congettura, che non pare abbia riscontro in altri lavori.

Espongo qui il risultato del mio studio, sotto forma piuttosto di semplici considerazioni, anzichè di veri e propri risultati sicuri.

Queste considerazioni varranno, io spero, se non a far accogliere la mia congettura, a richiamare almeno l'attenzione dei romanisti sopra un punto molto interessante della teoria romana, e ad invogliare altri a ricercare nelle fonti il genuino pensiero dei giureconsulti classici.



Sebbene nelle fonti non si trovi neppure una sola volta la locuzione *dies impossibilis*, mentre è invece frequente quella di *condicio impossibilis* o *quae existere non potest*, è a ritenersi tuttavia che il diritto romano abbia tra le varie specie del termine considerato anche questa, e per essa dettato particolari norme giuridiche.

In verità quasi tutti i trattatisti, e con questi anche la maggioranza degli scrittori che più specialmente si sono occupati della teoria del termine nel diritto romano, passano sotto silenzio codesta singolare forma di determinazione accessoria, non allontanandosi dalle tradizionali categorie del *dies certus* e del *dies incertus*. Unico, tra

dies nach römischem Recht. Tübingen, 1858. Nell'eccesso opposto cade invece l'ADICKES, *Zur Lehre von den Bedingungen nach röm. und heutg. Recht*, Berlin, 1876. il quale considera il *dies* nient'altro che come una sottospecie della condizione, sicchè, salvo alcune particolarità, le regole generali di questa contengono per lui anche quelle del termine.

Trattazioni più generali, estese non solo al termine e alla condizione, ma anche al *modus*, son quelle dello SCHEURL, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften*, Erlangen, 1871, e del BORONA, *Le determinazioni accessorie*. Oltre a queste possono consultarsi ancora IHERING, *Gesammelte Aufsätze* 1882, vol. II, pag. 284 sgg., 313 sgg.; KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, 1877, § 17; WENDT, *Die Lehre vom bedingtem Rechtsgeschäft*, Erlangen, 1872; per la regola *dies incertus conditionem in testamento facit* i lavori del BOISTEL, del BRUNETTI, del SEORÉ citati a pag. 58; e tra le dissertazioni e tesi di laurea, BOUTET, *Du terme*, Paris, 1872; COUHIN, *Du terme*, Paris, 1879; DRUMET, *Du terme*, Paris, 1865; GUNKEL, *Suspensivbedingung und Rückwirkung*, Osterode, 1838; MISSIR, *Die Resolutivbedingung und ihre Wirkung*, Berlin, 1879; ROSSI, *Lex X. Digestorum ad S. C. Trebellianum (XXXVI, 1) cum constitutione XII Codicis de fideicommissis (VI, 42) comparata*, Veronae, 1890.

i primi, fu il Savigny, che ad esso dedicò brevi cenni ¹⁾; tra i secondi il Lenz ²⁾ e lo Scheurl ³⁾, il quale ultimo aveva già notato e condannato la lacuna: « Come nella dottrina delle determinazioni accessorie nei negozi giuridici si suole in generale, con troppa unilateralità secondo il mio avviso, favorire le condizioni e alle altre determinazioni accessorie conceder troppo poca attenzione, così comunemente in essa si studiano con molti dettagli le condizioni impossibili, e solo fuggevolmente i termini e modi impossibili; poco o punto in sostanza gli scrittori si preoccupano di fermare il concetto generale di una determinazione accessoria impossibile e di considerare le norme pratiche che da esso scaturiscono » ⁴⁾.

Codesto rilievo non è senza importanza per le conseguenze giuridiche, a cui un esame più profondo della dottrina del *dies* impossibile può condurre. Nell'opera del Savigny si trova infatti affermato: « Se la osservanza del termine iniziale è impossibile, un tal caso viene trattato nel modo più naturale senza alcuna modificazione positiva. Il rapporto giuridico resta senza principio, ossia non nasce affatto; e ciò vale non solo per i contratti, ma anche per i testamenti. Qui dunque il termine diversifica dalla condizione, e la ragione della differenza è stata da noi già esposta di sopra » ⁵⁾. E invero poco innanzi il Savigny aveva scritto: « Oltre alle condizioni impossibili s'incontrano anche i termini impossibili (*dies impossibills*). Quanto all'essere certa la inesistenza loro, questi coincidono perfettamente con quelle, sì che potremmo aspettarci, che anche tali termini venissero trattati come non scritti, rimanendo così ferma la disposizione. Ma qui troviamo precisamente l'opposto. Il termine impossibile è considerato come un segno che l'intera disposizione non fu seriamente pensata, e questa è perciò annullata. Questa apparente inconseguenza si spiega considerando che fra il termine impossibile e la condizione immorale non esiste alcuna connessione, di guisa che

¹⁾ *Sistema del diritto romano* (trad. it. di V. Scialoia) III, § 124, pag. 266, § 126, pag. 283-288.

²⁾ *Zur Lehre vom dies nach römischem Recht*, Inaug. Diss., pag. 85 sgg.

³⁾ *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen*, § 75, pag. 265, § 76, pag. 273, § 77, pag. 279 sgg.

⁴⁾ Op. cit. pag. 262.

⁵⁾ Op. cit. vol. III, pag. 283.

qui non vi è alcuna ragione di allontanarsi dal trattamento più naturale e più semplice » ¹⁾).

È esatto il principio affermato nei testamenti? Può ancora accogliersi la illazione tratta dal confronto con le condizioni immorali, dopo che sulla congettura savigniana circa la estensione della regola *impossibiles condiciones pro non scriptis esse* dalle immorali alle impossibili, si son sollevati tanti dubbi? E fino a qual punto è da menarsi buona l'affermazione che il *dies impossibilis* denoti sempre una mancanza di serietà nella disposizione e quindi un difetto di volontà?

Di qui il bisogno d'una revisione della teorica sui termini impossibili, o per dir meglio d'una ricostruzione generale, poichè sinora niun tentativo fu fatto



Convieni innanzi tutto confessare che il sussidio delle fonti, in questa materia, spesse volte manca, sicchè non di rado accade che per la determinazione di taluni concetti si debba far senza delle fonti e ricorrere a principii generali. Il che accade appunto quando devesi fissare la natura e la essenza del termine impossibile.

Il modo di determinare la impossibilità del *dies* può essere assoluto o relativo: è assoluto se la impossibilità si faccia discendere dalla inesistenza del giorno prescelto siccome termine; è relativo, se la impossibilità si determini volta per volta sia in rapporto alla natura del negozio giuridico cui il termine è apposto, sia in relazione con l'atto che le parti devono compiere.

I due criteri però vogliono esser cumulati: assunto o l'uno o l'altro soltanto, il concetto del *dies impossibilis* è necessariamente incompleto e risulta imperfetto.

Da una tal menda non pare siasi saputo liberare alcuno degli scrittori, che all'argomento hanno rivolto la loro attenzione.

Il Savigny, sulla teoria del quale dovremo tornare più oltre, non mostra di preoccuparsi punto della prima specie di termini fisicamente impossibili: nè risulta chiaro se egli non ne faccia menzione

¹⁾ Op. cit. vol. III, pag. 266.

perchè le fonti non ne presentano alcun esempio, oppure perchè gli sembri doversi logicamente escludere una impossibilità fisica del *dies*.

Più esplicito è lo Scheurl ¹⁾, il quale difendendo la definizione da lui data delle determinazioni accessorie impossibili, condanna le espressioni '*dies impossibilis*' o 'determinazione d'un tempo che non può mai venire', perchè a suo avviso nessun momento del tempo, comunque determinato, è in se stesso impossibile, dovendo sempre e necessariamente venire.

Ora una tale affermazione non è esatta. Vi sono termini che per assoluta impossibilità fisica non potranno mai verificarsi. Chi ad es. promette pel 370° giorno dell'anno, fissa un termine che non può mai venire, perchè è impossibile che la Terra impieghi un maggior tempo per compiere il suo giro intorno al Sole. Analogamente non potrà venir mai per Tizio il dugentesimo anniversario della sua nascita, perchè è fisicamente impossibile che un uomo rimanga in vita per così lungo tempo.

Vero è che per via d'interpretazione della volontà si può il 370° giorno dell'anno considerare come il 5° dell'anno successivo, quello dell'anniversario di Tizio ritener trasformato in un altro termine reale, cioè il giorno che rappresenta il dugentesimo da quello in cui Tizio nacque.

Ma in tutti questi casi la trasformazione del termine che non può venire, in un termine vero e possibile, sarà effetto o di ragioni speciali al negozio giuridico che si è compiuto, o di interpretazione della volontà e di riguardi speciali alle disposizioni delle parti. E son queste considerazioni appunto che spiegano uno dei casi, più frequentemente addotti dagli scrittori, per la teoria del *dies certus quando* e che applicato al campo nostro è tra i più caratteristici.

L'esempio comune del *dies certus quando incertus an* è quello della maggiore età d'una determinata persona. Un tal termine si considera siccome incerto e si parifica, sebbene non completamente come il *dies incertus an et quando*, alle condizioni, di guisa che esso produce i medesimi effetti di queste se la persona muore innanzi di aver raggiunto la sua età maggiore. Tuttavia esso non va sempre

¹⁾ Op. cit. pag. 263, n. 68. Cfr. anche in questo senso, sebbene con una certa mitigazione SIMÉON, *Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts*, pag. 3, § 2.

riguardato siccome una condizione ¹⁾. Contenendosi in una siffatta determinazione di tempo due elementi diversi, che riuniti formano la determinazione accessoria del negozio giuridico, e cioè un termine vero e proprio (il giorno in cui si compiranno i 25 anni dalla nascita di Tizio) ed una condizione dipendente dalla vita di Tizio (se Tizio vivrà fino ai 25 anni di età), può accadere che, indagando la volontà delle parti, si riscontri dato un maggior peso all'uno piuttosto che all'altro elemento. Di guisa che, se all'elemento condizionale si è data la preponderanza (pongasi che il testatore abbia voluto beneficiar Tizio, ma contemporaneamente abbia voluto che il beneficio non fosse da questo goduto prima della sua maggiore età), l'atto si considererà condizionale con l'effetto accennato di sopra (cfr. l. 22 pr. D. *quando dies legat.* 36, 2); se la preponderanza è data al tempo, e alla condizione di esistenza di Tizio nel momento in cui il *dies* si compie si è avuto meno riguardo, l'atto è a termine e nonostante la morte di Tizio il negozio avrà il suo effetto allo scadere del 25° anno dalla sua nascita (cfr. c. 5 *quando dies legati* 6, 53) ²⁾.

Il diverso modo di considerare codesti due elementi può, analogamente, produrre effetti diversi se dal termine possibile passiamo a quello impossibile.

Egli è evidente che chi fissa la propria obbligazione al giorno della maggiore età di Tizio, indica un giorno che non può mai venire, se Tizio era già morto quando la promessa fu fatta. La morte di Tizio, già verificatasi quando il negozio giuridico si creava, ha reso fin da quel momento impossibile il termine prescelto. Ma se, anche qui, si sia avuto più riguardo al tempo, come giorno del calendario, anziché alla esistenza di Tizio nel giorno che rappresenterebbe quello della

¹⁾ È invece una vera condizione impossibile quella espressa apparentemente sotto forma d'un termine, come ad es.: il dì del parto di una donna che sia fisicamente inabile al concepimento. Espresso sotto altra forma, quel termine corrisponde precisamente alla condizione: Se Seia (la donna inabile) avrà un figlio, nel giorno del suo parto, ecc. Un termine c'è qui in certa guisa, ma la sua impossibilità è conseguenza immediata e diretta della impossibilità della condizione. Ciò del resto deve dirsi di ogni condizione impossibile concepita con un *quando* invece che con un *se*. Il 'giorno in cui toccherai il cielo col dito' contiene solo apparentemente un termine: la sostanza della modalità è una *condictio*, che è in se stessa impossibile.

²⁾ Cfr. BRUNETTI, *Il dies incertus nelle disposizioni testamentarie*, Firenze, 1893, pag. 150-161.

sua maggiore età s'egli fosse vivo, la impossibilità cade e il termine prescelto si considererà come un termine puro (*dies certus an et quando*), che scadrà tosto che sarà venuto il 25° anniversario della nascita di Tizio. Ed è appunto questione d'interpretazione della volontà il ricercare se le parti conoscessero la morte di Tizio, se la ignorasse l'una e la conoscesse l'altra, se l'ignoranza o la conoscenza dell'evento già verificato influisca piuttosto nell'uno che nell'altro senso per la interpretazione.

A siffatta specie di termine deve aver avuto riguardo lo Scheurl, allorchè negava la esistenza di termini fisicamente impossibili.

Nell'eccesso opposto cade invece il Lenz¹⁾, secondo il quale non v'ha altra impossibilità di termini (o almeno non deve prendersene in considerazione altra) all'infuori di quella assoluta. Che se, oltre la impossibilità fisica, egli vede anche quella legale (tale ad esempio sarebbe il dì delle nozze di Tizio con la propria sorella), di quest'ultima non tiene conto alcuno, dovendosi parificarla completamente alle condizioni, in quanto il giorno delle nozze di due germani equivale alla condizione giuridicamente impossibile: « se Seia sposerà suo fratello ».

La imperfetta concezione induce anzi il Lenz a proporre una correzione nella terminologia: coordinando il *dies* impossibile colle tradizionali categorie del *dies certus an* (*certus o incertus quando*) e del *dies incertus an* (*certus o incertus quando*), egli ne crea una terza che vorrebbe, con espressione da sostituirsi a quella di *dies impossibilis*, chiamata *dies certus non*.

A giustificare siffatta restrizione del concetto di *dies impossibilis* non son sufficienti gli argomenti portati dal Lenz.

Questi afferma non potersi considerare come impossibili quei termini, la cui venuta sebbene certa in se stessa, cade in un momento in cui mancano le condizioni necessarie, perchè il negozio giuridico possa produrre i suoi effetti. Così ad esempio nel caso di costituzione di usufrutto, in cui il *dies a quo* sia fissato al giorno della morte dell'usufruttuario, la nullità del negozio (poichè tale è l'effetto normale del *dies impossibilis* in funzione sospensiva) non deriva già da impossibilità del termine, sibbene dalla mancanza originaria di un

¹⁾ Op. cit. pag. 85 segg.

presupposto necessario, la vita dell'usufruttuario nel momento in cui l'usufrutto deve sorgere.

Egli critica quindi il Savigny, che tra gli esempi di termini impossibili annovera questo, accusandolo di confondere la impossibilità della efficacia del termine con la impossibilità della sua venuta. E in verità non può negarsi che i due concetti siano affatto distinti. Senonchè l'equivoco pare sia piuttosto dalla parte del Lenz, il quale, pur senza dichiararlo, è a ciò condotto da una inopportuna parificazione del concetto delle condizioni impossibili a quello dei termini impossibili.

La condizione impossibile è un avvenimento che non può verificarsi: « *Condicionum duo sunt genera: aut enim possibilis est, aut impossibilis: possibilis, quae per rerum naturam admitti potest, impossibilis, quae non potest* »¹⁾. Alla impossibilità fisica (*si digito caelum tetigerit*) è parificata la impossibilità giuridica (*si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit*), poichè identico è il loro contenuto, un avvenimento cioè che non può verificarsi: « *ubi omnino condicio iure impleri non potest vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset* »²⁾.

Qui adunque non potrebbe tenersi distinta la impossibilità della efficacia da quella del verificarsi della condizione: essendo il negozio sospeso dalla condizione (s'intende condizione sospensiva, chè per quella risolutiva l'effetto è tutt'altro), la inefficacia è conseguenza unicamente della impossibilità che la condizione si verifichi.

Ma lo stesso non può dirsi pel termine, il quale rappresentando soltanto il momento in cui il negozio giuridico deve produrre (o cessar dal produrre) i suoi effetti, può essere impossibile sia perchè è escluso ch'esso mai venga (impossibilità assoluta: il 370° giorno dell'anno, il giorno della maggiore età di una persona morta), sia perchè la sua venuta è in manifesta contraddizione con la natura del negozio giuridico o dell'atto che devesi compiere o quanto meno incompatibile coi particolari effetti che dal negozio si voglion prodotti (impossibilità relativa).

¹⁾ *Fault Sent.* III, 4 B, 1.

²⁾ L. 137 § 6. *Dig. de V. O.* 45, 1.

L'essere il *dies* contemplato nel terzo dei tre casi surriferiti un *dies certus an et quando* che vale, se tuttavia per l'apposizione appunto di un tal termine (il giorno della morte dell'usufruttuario) il negozio giuridico rimane senza effetto? Non è già una condizione estrinseca (nell'esempio dell'usufrutto) quella che impedisce la efficacia del negozio: la condizione che l'usufruttuario viva quando l'usufrutto incomincia (e rimanga in vita finchè l'usufrutto dura) è un elemento essenziale e necessario del negozio; e quando perciò il termine sia fissato ad un momento in cui codesta condizione più non esiste, il *dies* diventa per ciò stesso impossibile.

Nè va d'altro canto confusa con la impossibilità del *dies* la sua inammissibilità in alcuni negozi giuridici, come avviene nella *mancipatio*¹⁾, nella *acceptilatio*²⁾, nella *hereditatis aditio*, nella *servi optio*³⁾, nella *adoptio*⁴⁾, nella *datio tutoris*⁵⁾, nel matrimonio,⁶⁾ nella *heredis institutio*⁷⁾, e in genere in tutti gli *actus legitimi*⁸⁾, nonchè in molti altri negozi, i quali escludono ora il termine iniziale, ora quello finale,

¹⁾ Cfr. su questa, sulla *in iure cessio* e sulla *adiudicatio* i Frag. Vat. § 48-50. La sostituzione di *emancipatio* a *mancipatio* nella l. 77 Dig. de reg. jur. 50, 17 pare si debba alla mano dei compilatori, WINDSCHEID, Pand. trad. it., vol. I, par. I, nota 44, pag. 1020. La inapplicabilità di *condiciones* alla mancipazione è attestata dal Frag. Vat. § 329.

²⁾ Cfr. l. 77 cit. e l. 5 Dig. de acceptil. 46, 4; per le *condiciones* Frag. Vat. § 329. Cfr. quest'ultimo passo anche per la *expensilatio*.

³⁾ V. WINDSCHEID, Pand. § 95, nota 2.

⁴⁾ Cfr. l. 77 cit. e l. 34 Dig. de adopt. 1, 7.

⁵⁾ Cfr. l. 77 cit. Come già fu osservato (WINDSCHEID, Pand. § 95, nota 2) questa *datio tutoris* è quella fatta dall'autorità, non la nomina testamentaria del tutore, la quale poteva essere invece limitata da un termine, come risulta dalla l. 8 § 2 Dig. de test. tut. 26, 2: «Tutorem autem et a certo tempore dare et usque ad certum tempus licet...» e dalla l. 14 § 3 Dig. de tutelis 26, 1: «Sed et si ad tempus fuerit quis datus, tempore finito tutor esse desinit». V. sul secondo testo il confronto istituito coi frammenti sinaitici dall'ALIBRANDI, *Sopra alcuni frammenti greci di annotazioni ai libri di Ulpiano ad Sabinum in Opere giur. e stor.* del medesimo, vol. I, pag. 442. Quanto alla *condicio* cfr. oltre il § 1 e la fine del § 2 della l. 8 cit., anche la l. 14 § 5 D. 26, 1 e la l. 6 § 1 D. eod.

⁶⁾ Cfr. c. 2 de inut. stip. 8, 38.

⁷⁾ Cfr. § 9 l. de her. inst. II, 14; l. 34 Dig. de her. inst. 28, 5.

⁸⁾ La enumerazione contenuta nella cit. l. 77 non è tassativa: cfr. infatti i Fragm. Vat. § 48-50. Sugli *actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem* vedi ENNECERUS, *Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung* pag. 24; SIMÉON, *op. cit.* pag. 5; cfr. WLASSACK in *Pauly-Wissowa Enc.* I, p. 331; MOMMSEN in *Zeitschr. der Savigny-Stift.* XII, pag. 273; nonchè le opere citate dal Windscheid in § 95 nota 2.

ora l'uno e l'altro insieme, e da siffatte limitazioni rimangono annullati del tutto (*in totum viliantur per temporis adiectionem*), se non vi siano considerazioni speciali che possano piuttosto far considerare il termine *pro non scripto*, come accade nella *heredis institutio*¹ e in altri casi²).

L'essere ad esempio nella *her. inst.* inammissibile un termine sia iniziale sia finale, non significa già che il termine appostovi sia impossibile, poichè un tal termine in un altro negozio, che abbia la capacità di accoglierlo, sarà perfettamente possibile e spiegherà intera la sua efficacia, sospendendo gli effetti del negozio stesso fino al momento prescelto o facendoli in quello cessare.

Ora nell'usufrutto niun termine può dirsi inammissibile. Ma se la efficacia di esso si sospenda fino alla morte dell'usufruttuario, il *dies* più che inammissibile è privo di senso, e cioè impossibile.

Chiarito così il significato della impossibilità, sembra potersi adottare la definizione che del *dies impossibilis* dà lo Scheurl, poichè in essa può, nonostante la limitazione voluta dall'autore, considerarsi compresa ogni specie di impossibilità. Se il termine, egli scrive³), fa sì che l'effetto giuridico voluto con la dichiarazione principale s'inizii o finisca in un determinato momento, « il termine è allora impossibile, quando l'effetto, che da esso dev'esser nel tempo limitato, non possa cominciare o finire nel momento prescelto, sia che non possa ancora o non possa più cominciare, sia che non possa allora o non ancora finire ».

Codesta definizione non è tuttavia senza mende. Chi ben osservi troverà ad esempio che nell'ultima parte è concettualmente compreso il termine nella *heredis institutio*, che abbiamo visto essere inammissibile in quel negozio. Si aggiunga poi che una limitazione dell'effetto in se stesso considerato è pur sempre o almeno in molti casi concepibile; sicchè a rendere meno imperfetta quella definizione,

¹) V. § 9. *I. de her. inst.* II, 14; l. 34 *Dig. de her. inst.* 28, 5. Sull'apponibilità dei termini nel testamento militare v. l. 15 § 4 *Dig. de test. mil.* 29, 1; l. 41 *pr. cod.*; c. 8 *de test. mil.* 6, 21.

²) Vedi più diffusamente sulla incompatibilità di un termine nei surricordati negozi ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, pag. 496 sgg.; SIMON, *op. cit.* pag. 4-5; CZYHLARZ, *Zur Lehre von der Resolutionsbedingung*, pag. 10 sgg.; SAVIGNY, *Systema* III, pag. 288 sgg.; SCHEURL, *op. cit.* pag. 309 sgg.

³) *Op. cit.* pag. 263.

bisognerebbe aggiungere: « quantunque per se stesso l'effetto possa venir limitato ».

Lasciando pertanto da parte la formulazione dello Scheurl, noi possiamo suddividere i termini impossibili, secondo la tradizionale classificazione, in termini iniziati e termini finali; e in ciascuna delle due maggiori categorie distinguere:

A) La impossibilità *assoluta*, nella quale è certo, fisicamente o giuridicamente, che il termine non verrà mai: tali sarebbero il citato esempio del 370° giorno dell'anno, il *dies aetatis* in una persona morta;

B) La impossibilità *relativa*, nella quale pur essendo certo (o per l'an e il *quando* o per l'an solamente) il termine prescelto, questo è fissato in tal momento da rendere impossibili gli effetti del negozio giuridico. Questa impossibilità può a sua volta dipendere:

a) dalla *natura dell'atto*, se all'atto che si deve compiere è imposto un tal termine, che o per la brevità di questo o per assoluta incompatibilità tra l'atto e il termine, non sia possibile il compierlo. Le fonti rammentano, come esempio del primo caso, il termine di tre giorni dato all'erede per consegnare al legatario, che è a Roma, degli schiavi che si trovano a Cadice; come esempio del secondo il *dies mortis* del debitore per l'esecuzione di una prestazione consistente in un *facere*;

b) dalla *natura del negozio giuridico*, ogni qualvolta il termine è in contraddizione manifesta con le regole proprie del negozio, a cui esso è apposto. Per questa ragione sono impossibili il *dies mortis* dell'usufruttuario nella costituzione di usufrutto, e il *dies mortis* dello schiavo nelle manumissioni. Non vogliono invece annoverare in questa categoria (cui li assegna il Savigny) il *dies post mortem* del creditore o del debitore nelle obbligazioni, nè quello *post mortem* dell'erede o del legatario nei legati, che nel diritto classico rendevano nulle rispettivamente la stipulazione e il legato, perchè come si vedrà in seguito questi non sono veramente termini impossibili.



Accanto alla regola sancita dal diritto romano per le condizioni impossibili, che cioè queste annullano il negozio giuridico se si tratta di atto tra vivi, si hanno per non scritte se di atto a causa di morte

(sia che la norma vogliasi intendere per qualsiasi disposizione testamentaria, secondo la tradizionale opinione difesa pur recentemente dagli annotatori italiani del Windscheid¹⁾, sia che debbasi restringere a quattro casi soltanto, cioè alla istituzione d'erede, ai legati, ai fedecomessi e alle libertà, siccome sostiene una più nuova dottrina propugnata dallo Scialoja²⁾) - le fonti non fanno menzione di una regola generale (corrispondente o diversa) pei termini impossibili.

Se ciò significhi che la norma debba essere uguale per l'una e per l'altra specie di determinazioni accessorie, o piuttosto che mancando le ragioni speciali, le quali fecero, eccezionalmente, deviare la regola generale dell'annullamento in favore di alcune disposizioni testamentarie, debba permanere quel principio generale, è quel che si propone di ricercare il presente scritto, cui converrà, in difetto d'una esplicita dichiarazione delle fonti, già causa d'incertezza negli interpreti, raccogliere il principio generale da pochi elementi sparsi nella compilazione giustiniana e in altre fonti minori.

S'è già detto come esempi di termini assolutamente impossibili non si trovino in esse. Del che la causa è a ricercarsi forse nella facilità con cui un tal termine può scambiarsi con una condizione impossibile.

Già Ulpiano aveva in linea generale osservato come il *se* e il *quando*, i quali normalmente designano la condizione e il termine, non debbansi assumere come criterio sicuro per determinare se si tratti d'una *condicio* o d'un *dies*³⁾. Ogni termine incerto infatti, se fosse giusto un tal criterio, potrebbe trasformarsi in condizione, sol che alla particella che accenna al tempo si sostituisse quella che accenna alla possibilità dell'evento. E per converso ogni condizione contiene normalmente un termine, perocchè pel semplice fatto che l'efficacia del negozio giuridico si fa dipendere da un avvenimento futuro e incerto, è ovvio che quella non potrà intervenire prima di un deter-

¹⁾ *Pandette*, trad. it. di FADDA e BENSA, vol. I, par. I, pag. 972-976.

²⁾ *Sulle condizioni impossibili nei testamenti* in *Bull. dell' Ist. di dir. rom.* XIV (1901), pag. 5 sgg.; cfr. lo stesso nel cit. *Bullettino* VIII (1895) pag. 36-38, e BUONAMICI *ib.* pag. 31 sgg.

³⁾ L. 45 § 3 *Dig. de V. O.* 45, 1. *Ulpianus libro quinquagensimo ad Sabinum*. Non solum ita stipulari possumus: 'cum morieris', sed etiam: 'si morieris': nam sicuti inter haec nihil interest 'cum veneris' aut 'si veneris', ita nec ibi interest 'si morieris' et 'cum morieris'.

minato momento di là da scadere, salva, beninteso, la possibile retroattività come effetto proprio della condizione ¹⁾).

Codesti rapporti tra le due specie di determinazioni accessorie, minimi nella forma più pura del termine, il *dies certus an et quando*, si vanno facendo più intimi di mano in mano che la dipendenza del *quando* dall'*an* si fa più immediata, sino al punto che sul *quando* prevalga tanto l'*an*, da venir tolta al *dies* ogni importanza o quasi ²⁾, siccome avviene nel *dies incertus an et quando*, che è parificato alle condizioni. E poichè il promettere pel dì delle nozze di Tizio (*dies inc. an et quando*) equivale a promettere sotto la condizione che Tizio contragga matrimonio ³⁾, non è dubbio che lo stesso debbasi dire di chi ad esempio promette pel dì delle nozze di Mevio con sua sorella, o pel dì in cui Sempronio *digito caelum attigerit*. La impossibilità del termine (giuridica nel primo caso, fisica nel secondo) è effettivamente impossibilità d'un evento incerto e futuro (*condicio*), in quanto che l'una e l'altra determinazione equivale, anche qui, alla condizione (impossibile): « se Mevio sposerà sua sorella », « se Sempronio toccherà il cielo col dito ».

Ora, sebbene nei termini assolutamente impossibili, quali si son più sopra determinati, la *quaestio an* non possa considerarsi sempre prevalente sul *quando* nella stessa misura che nel cosiddetto *dies inc. an et quando*, purtuttavia non è da escludere quel nesso tra l'evento e il tempo, che può trasformare il *dies* in condizione. Così, se io ti prometto cento pel giorno in cui tu festeggerai il dugentesimo anniversario della tua nascita, la mia obbligazione è *decisamente* sospesa da una condizione impossibile (se vivrai duecento anni); e se la promessa sia fatta pel 370° giorno dell'anno prossimo, la obbligazione può ritenersi sospesa dalla condizione: « se il venturo anno sarà formato di 370 giorni », piuttosto che differita semplicemente, sebbene e il termine e la condizione siano ambedue impossibili.

¹⁾ Cfr. ENNECERUS, *Rechtsgeschäft* pag. 192 sgg., 336; WENDT, *Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft*, pag. 10; SCHULIN, *Ueber die Resolutivbedingungen* pag. 49 sgg., 70, 103. — V. anche ADICKES, *Zur Lehre von den Bedingungen* pag. 62.

²⁾ Il BRUNETTI, *op. cit.* pag. 2, nota 3, non vorrebbe tolto assolutamente ogni significato al termine che in una tal determinazione è contenuto e a cui pure ha indubbiamente avuto riguardo chi esprime la condizione (se Seia prenderà marito) sotto la forma d'un termine (nel dì delle nozze di Seia).

³⁾ SAVIGNY, *Systema* III, pag. 271.

Diverso è lo stato delle fonti pei termini relativamente impossibili. E dagli esempi che esse adducono appunto per questi, può la dottrina trarre quei principii, che furon fin qui o non mai rilevati o a dirittura disconosciuti.

L'esempio tipico di un tal termine è dato, in genere, da quello che viene fissato al dì della morte dell'obligato. Chi promette pel giorno della propria morte sceglie come termine un momento in cui la prestazione non è più possibile, perchè chi muore non ha certamente capacità di compiere atti giuridici. L'effetto di questo *dies* dovrebbe essere adunque la nullità della stipulazione. Tuttavia già il diritto classico ne dichiarava la validità, quando il contenuto della prestazione fosse un *dare*, come rilevasi da numerosi frammenti di giureconsulti:

Il. 18 e 17 *Dig. de cond. ind.* 12. 6. *Ulpianus libro quadragesimo septimo ad Sabinum*. Quod si ea condicione debetar, quae omnimodo extatura est, solutum repeti non potest, licet sub alia condicione, quae an impleatur incertum est, si ante solvatur, repeti possit. — *Idem libro secundo ad edictum*. Nam si cum moriar promisero et ante solvam, repetere me non posse Celsus ait: quae sententia vera est¹⁾.

l. 20 *Dig. de iur. dot.* 23. 3. *Paulus libro septimo ad Sabinum*. Iulianus scribit valere talem stipulationem: 'cum morieris, dotis nomine tot dari?' quia et pacisci soleant, ne a viva exhibeatur (exigatur?)²⁾.

¹⁾ I due fr. vanno collegati nell'ordine inverso a quello che ad essi è asseguato nelle Pandette. Cfr. MOMMSEN *ad h. l.* Il nam con cui s'inizia la l. 17 e che serve a congiungere i due concetti esposti nei due fr. dimostra lo sforzo fatto dai compilatori per collegare principii, che nella intenzione del giureconsulto non dovevano aver nulla di comune tra loro: essi appartengono infatti a materie e ad opere diverse. Cfr. LENEL, *Festing*.

²⁾ La chiusa della legge: « Quod non esse simile accept: aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit. Idque et Aristoni et Neratio et Pomponio placet » accenna ad una distinzione fatta già dai tre giureconsulti citati ed accettata da Paolo, per la quale possono esservi casi in cui la stipulazione della dote pel dì della morte non valet. Ma i motivi del tutto peculiari alla natura della *dos* (cfr. il seguito della l. 76 *cod.* e Fr. Vat. § 98 richiamati nel testo, nonchè la c. 4 *de contr. et comm. stip.* 8. 37 [38]) non distruggono la prima dichiarazione, che afferma valida la stipulazione di dare al momento della morte dell'obligato.

l. 76 *Dig. eod. Tryfoninus libro nono disputationum*. Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio: nam et si in tempus, quo ipse moreretur, promississet, obligaretur.

l. 67 § 6 *Dig. de legatis II* (31). *Papinianus libro nono decimo quaestionum*. Et ideo si electo uno fideicommissum in exterum non conferatur, non alius ei qui electus est fideicommissum praestandum erit, quam interpositis cautionibus: 'fundum, cum morietur, si non in familia cum effectum relinqueretur, restitui.'

l. 67 cit. § 7. 'Rogo, fundum cum morieris restituas ex libertis cui voles.'

l. 45 § 3 *Dig. de V. O.* 45, l. *Ulpianus libro quinquagesimo ad Sabinum*. Non solum ita stipulari possumus: 'cum morieris', sed etiam: 'si morieris'.

l. 121 § 2. *Dig. eod. Papinianus libro undecimo responsorum*. In insulam deportato reo promittendi stipulatio ita concepta: 'cum morieris, dari?' non nisi moriente eo committitur.

e come è più categoricamente affermato da Giustiniano:

§ 15 *I. de inut. stip.* 3, 19. Ita autem concepta stipulatio, veluti si Titius dicat 'cum moriar¹⁾, dare spondes?' vel 'cum morieris', et apud veteres utilis erat et nunc valet.

¹⁾ Il *dies mortis stipulatoris*, che è il primo dei due casi formulati da Giustiniano, era anch'esso valido fin dal diritto classico. Vedi oltre il testo delle Istituzioni, il *Vat. fr.* § 98: « Paullus respondit, stipulationem quidem in hunc casum conceptam 'cum moriar, dari' utilem esse, etiamsi mixti casus non intervenirent: ut autem de dote sua, quam apud maritum habet, mulieri testari liceat, inutiliter convenisse videri », la l. 45 § 1 *Dig. de V. O.* 45, 1: « Sicuti cum morietur quis stipulari potest, ita etiam hi, qui subiecti sunt alieni potestati, cum morientur stipulari possunt », e la l. 32 *pr. Dig. ad l. Falc.* 35, 2: « . . . nam et si ita stipulatus esset, ut cum moreretur debere ei inciperet, tamen augerentur bona eius, quemadmodum, si ipse sub eadem condicione promississet, defuncto eo minuerentur ».

Il testo di Gaio, III § 100: « Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur 'post mortem meam dari spondes?' vel ita 'cum morieris dari spondes?' id est ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur. Nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem », è stato corretto dall' Huschke (*Studien des röm. Rechts*, I, pag. 279-285), che innanzi al *vel ita* inserisce: « vel ita 'post mortem tuam dari spondes?' Valet autem, si quis ita dari stipuletur 'cum moriar dari spondes?' ». E la cor-

Dai testi non risulta che vi sia mai stata discordia tra i giuristi classici su un tal punto.

La validità di una tale stipulazione fu sempre universalmente riconosciuta, perchè, posto che il *dies mortis* è a considerarsi come l'ultimo momento della vita¹⁾, la obbligazione doveva dirsi validamente nata tra promittente e stipulante²⁾.

Ma il diritto classico non andò oltre; e, quando il contenuto della obbligazione fosse un *facere*, la impossibilità del fatto, in quanto esso era fissato al *dies mortis promissoris*, portava la nullità della stipulazione:

l. 46 § 1. *Dig. de V. O.* 45, 1. Id autem, quod in facto est, in mortis tempus conferri non potest, veluti: 'cum morieris, Alexandriam venire spondes?'

Dall'esempio che Paolo propone potrebbesi forse dedurre che solo quelle stipulazioni fosser nulle, nelle quali il *facere* contenesse qual-

reazione può ritenersi sicura sulla scorta di Theophil. III, 20 § 14: « Cum morieris ἐπορώτων ἢ ἐπερωτώμενος, ἢ ἐπερώτησις ἐρρωται. Σύγκειται δὲ οὕτως: ἐν ὧ Τίτιος ἐπερωτώμενος εἶπεν, Δώσω σοι, ὅτε μέλλω τελευτᾶν· αὐτῇ γὰρ καὶ παρὰ τοῖς παλαιοῖς χρήσιμος ἡ ἐπερώτησις, καὶ νῦν ἰσχύει [trad.: Cum morietur stipulator vel promissor, stipulatio recte concipitur. Concipitur autem in hunc modum: si Titius interrogatus stipulanti dicat: Dabo tibi cum moriar. Haec enim stipulatio et apud veteres utilis erat, et nunc valet.]

¹⁾ V. oltre il citato fr. di Gaio, III, § 100, anche II, § 232: « Ita autem recte legatur: 'cum heres morietur' quia non post mortem heredis relinquitur, sed ultimo vitae eius tempore »; l. 18 § 1 *Dig. de man. test.* 40, 4: « Haec conditio 'cum moriar, liber esto' vitae tempus complectitur »; l. 61 *pr. Dig. eod.*: « 'Stichus cum moreretur, liber esto' libertatem, quae in ultimum vitae tempus conferatur ». V. anche l. 17 *pr. D. de man. test.* 40, 4, l. 107 § 1 *D. de legatis* I (30), l. 1 § 18 *D. de collat.* 37, 6 nelle quali due ultime leggi questo concetto è praticamente applicato, in quanto si decide che il legato fatto allo schiavo, il quale a sua volta sia stato legato a Caio *cum morietur ipse servus*, si acquista direttamente da Caio, perchè questi diventa per un attimo - mentre lo schiavo muore - padrone dello schiavo; e che il legato fatto al figlio emancipato pel tempo *cum pater morietur*, dev'esser conferito, perchè un tal legato devesi considerare acquistato dal figlio durante la vita del padre. Cfr. inoltre CUIAC. *Observ.* III, cap. 34 (*Opp. omn.* Neap. 1758, III, pag. 81-82).

²⁾ Il SAVIGNY, *Sistema* III § 126, nota i, pag. 284, osserva che la validità della stipulazione dipende da ciò che l'atto del *dare*, come atto momentaneo, non è inconcepibile da parte del morente, e comunque può ad esso riparamsi dall'eredità, senza che nulla sia mutato nel valore e nel carattere della prestazione: il che non potrebbe dirsi dell'obbligazione di *fare*.

cosa di personale, non potesse cioè essere compiuto che dal debitore. E così pare che alcuni, come il Gotofredo¹⁾, abbiano interpretato il fr.; per modo che il diritto classico avrebbe ammesso la validità tanto se il contenuto fosse un *dare*, quanto se un *facere*, escludendola solamente per le prestazioni di natura prettamente personale.

Ma codesta ipotesi è smentita dalla legislazione di Giustiniano, il quale, innovando il diritto precedente, dichiarò di voler parificare le stipulazioni di *facere* a quelle di *dare*, onde non vi fosse più alcun divario tra il *facere* e il *dare*, e ammise la validità delle prime, si fosse o pur no fatta menzione degli eredi, sempre che tuttavia questi avesser potuto adempiere alla prestazione.

Il principio della parificazione tra le *stipulationes dandi* e quelle *faciendi* trovasi affermato in una costituzione del 530:

c. 13 *de contr. stip.* 8, 37 (38). *Imp. Iustinianus Iuliano pp.*

Veteris iuris altercationes decidentes generaliter sancimus omnem stipulationem, sive in dando sive in faciendo sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio vel non: cur enim, quod in principalibus personis iustum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur? § 1. Et sic existimentur huiusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dandum fuerant conceptae, cum nihilo minus et heredes factum possint adimplere: illa subtili et supervacua scrupolositate explosa, per quam putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est. § 2. Et quare, cum paene similis omnium natura est, non et facta omnes vel plus vel paulo minus adimplere possint, ne ex huiusmodi subtilitate cadant hominum voluntates?

La innovazione a favore della validità delle stipulazioni *faciendi* nel *dies mortis* fu compiuta con una costituzione di due anni più tardi, che vuol esser più dappresso esaminata:

c. 15 *eod.* *Imp. Iustinianus Iohanni pp.* Si quis sponderat

insulam, cum moriebatur, aedificare stipulatori, *impossibilis* veteribus videbatur huiusmodi stipulatio. Sed nobis sensum con-

¹⁾ Gotofredo nota alla parola *non potest*: « *Si factum personae promittentis ita cohaeret, ut ab eo divelli non possit, ut tre ventre, alias stipulatio facti ad heredes transire potest* ».

trahentium discutientibus veri simile esse videtur hoc inter eos actum, ut incipiat quidem contra morientem obligatio, immineat autem heredibus eius, donec ad effectum perducatur. Nemo enim ita stultus invenitur, ut tali animo faceret stipulationem, ut putaret posse tantum aedificium in uno momento horae extollere, vel eum qui moritur talem habere sensum, quod ipse sufficiet ad huiusmodi operis completionem. § 1. *Sancimus* itaque, si quid tale e venerit, heredes teneri, ut factum, quod mortis tempore facere promisit, hoc heredes eius adimpleant quasi speciali heredis mentione habita, licet hoc minime fuerit expressum. Quemadmodum enim, *si in dando fuerit stipulatio*, et contra heredes transmittatur, *ita et si in faciendo est*, licet in mortis tempus colligatur, attamen ad similitudinem in dando conceptae stipulationis et heredes obligari, ut non discrepet factum a datione, sed sit lex nostra per omnia sibi consentanea. § 2. Quod et in legatis simili modo relictis observari censemus.

La specie che Giustiniano propone differisce da quella di Paolo nella natura appunto del *facere*, che lo stipulante si fa promettere pel dì della morte del debitore. La costruzione della casa nel *dies mortis* è una prestazione per se stessa impossibile, non tale tuttavia che non possa compiersi dagli eredi del promittente, a meno che non si pensi a peculiari qualità di quest'ultimo quale ingegnere o architetto di fama e di valore impareggiabile: il che non risulta dalle parole della costituzione. La promessa invece di andare ad Alessandria nel dì della propria morte implica un'attività tutta personale del debitore, cui non potrebbe supplire l'opera altrui. Ora la nostra costituzione attesta che il diritto anteriore reputava impossibili le stipulazioni della prima specie (*impossibilis veteribus videbatur huiusmodi stipulatio*); e la costituzione precedente nel parificare il *dare* al *facere*, ne esclude quelle stipulazioni in cui il *facere* non possa esser compiuto dagli eredi (*cum nihilo minus et heredes factum possint adimplere*): sicchè la innovazione di Giustiniano si fu appunto per la dichiarazione di validità delle stipulazioni dirette ad un fare non personale, che per diritto classico erano impossibili, continuando a rimanere tali anche nel nuovo diritto quelle in cui il fare non potesse adempirsi da altri.

Un secondo caso d'impossibilità del termine si ha quando questo sia tanto breve, che l'atto voluto non possa compiersi. E qui appunto si trova nelle fonti enunciata quella duplice norma (che forse potrebbe, generalizzando, estendere ai contratti ed ai testamenti), alla cui ricerca è rivolto precipuamente il presente studio.

Tre testi non ambigui contemplano questa special forma di *dies impossibilis*: due appartenenti alle istituzioni di Giustiniano e ai commentari all'editto di Ulpiano, relativi alla *stipulatio*; l'altro di Pomponio che riferisce una decisione di Proculo relativa ai legati.

Nel titolo *de Verborum Obligatione*, dopo aver parlato delle obbligazioni a termine e condizionali, l'imperatore aggiunge:

§ 5. *I. de V. O.* 3, 15. Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti 'Carthagine dare spondes?' quae stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus iniectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam. Et ideo si quis ita Romae stipuletur 'hodie Carthagine dare spondes?' inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.

Qualcuno potrebbe forse, in via pregiudiziale, obiettare che il testo non tratta di termine e non possa perciò invocarsi per la dottrina in esame; che Giustiniano dopo aver prima parlato del *dies* e della *condicio*, discende a trattare d'una terza specie di elementi accessori, il *locum*, e che per conseguenza piuttosto a questa che non alla teoria del *dies* debba il testo riferirsi. Ma contro una tale pregiudiziale è ad osservare in primo luogo che il testo stesso richiama il concetto del termine: il termine contenuto tacitamente nella prima stipulazione 'Carthagine dare spondes' che apparentemente si presenta come pura ¹⁾, è espressamente dichiarato nella seconda: 'hodie Car-

¹⁾ Di ogni negozio giuridico, la cui esecuzione richiede inevitabilmente un ritardo, può dirsi che contenga un termine, intesa la parola nel senso lato di intervallo di tempo che intercede tra la nascita del rapporto giuridico e il momento della sua esecuzione. Così ad es. la obbligazione di costruire una casa (cfr. le ll. 14 e 73 *D. de V. O.* 45, 1), o di puntellarla (cfr. le ll. 72 e 98 *D. eod.*), così quella di fare una prestazione in un luogo lontano da quello della stipulazione (cfr. le ll. 41 § 1, 60, 73, 137 § 2 *D. eod.*, e la l. 2 § 6 *D. de eo quod certo loco* 13, 4 riportata più oltre), per le quali è necessaria un'attesa più o meno lunga perchè la obbligazione

thagine dare spondes?', ove esso apparisce unito ad una determinazione di luogo, traendo dalla incompatibilità con questa la sua natura di impossibile. Non è, in secondo luogo, di alcun valore il riflesso del tutto formale che, secondo l'ordine del titolo giustiniano, il passo sia pertinente alla dottrina dei *loca*: le istituzioni dopo aver trattato di questi, tornano a parlare delle condizioni, ragionando di quelle che si riferiscono ad un avvenimento presente o passato. E finalmente è da aggiungere che la mancanza della espressione tecnica *dies* non ha alcuna influenza sulla sostanza, che rimane inalterata vi corrisponda o pur no il nome. Vi hanno anzi nelle fonti frequenti esempi in cui i giureconsulti hanno a dirittura scambiato la denominazione, come nel caso della l. 32 pr. *Dig. ad leg. falc.* 35, 2, dove il *dies mortis*, che è indubbiamente un vero e proprio termine (*dies certus an.*

produca i suoi effetti, salvo a lasciarsi al prudente arbitrio del giudice il determinare quanto il ritardo debba durare e quando perciò possa dirsi scaduta la obbligazione (cfr. l. 137 § 2 cit.). In questi ed altri casi consimili l'intervallo di tempo può presentarsi sotto un duplice aspetto: o di dilazione cioè imposta dalla natura stessa delle cose, o di termine vero e proprio volontariamente, sebbene tacitamente, apposto dalle parti. Chi ad es. stipula la costruzione di una casa, può dirsi che abbia fatto una stipulazione pura: ma poichè il debitore non potrebbe immediatamente prestare il fabbricato, nasce dalla natura stessa della obbligazione la conseguenza ch'essa non possa essere eseguita se non dopo un certo intervallo, quanto occorre cioè a fabbricare la casa. « *Pura stipulatio*, dicono le fonti (l. 73 pr. *D. V. O.* 45, 1) *ex re ipsa dilationem capit, veluti si id quod in utero sit aut fructus futuros aut domum aedificari stipulatus sit: tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam praestari potest (poterunt?)* ». L'azione del creditore non nasce che allorquando per la natura stessa delle cose sia resa possibile la prestazione. Principio codesto che va del resto applicato ad ogni specie di obbligazione, anche alla più semplice obbligazione di dare, perchè anche per eseguire la tradizione di una cosa presente e vicina, ha il debitore bisogno di un certo tempo: § 27, l. *de inut. stip.* 3, 19: « *Si fundum dari stipuleris vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatii praeterierit, quo traditio fieri possit* ».

Accanto a questa concezione sta l'altra, di un termine tacitamente voluto, in quanto nel costituire la obbligazione le parti v'abbiano aggiunto tal clausola, da far presumere già da essi considerato ed accettato il termine. Il che aveva già chiaramente espresso Paolo nella cit. l. 73 pr.: « *Sic qui Carthagini dari stipulatur, cum Romae sit, tacite tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem potest* », e Venuleio nella l. 137 § 2 *D. de V. O.* 45, 1: « *Cum ita stipulatus sum 'Ephesi dari?' inest tempus* ». E si riconferma ancor meglio, leggendo di seguito le due ll. 59 e 60 *D. cod.*: l. 59. « *Quotiens in diem vel sub conditione oleum quis stipulatur, etus aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit: tunc enim ab eo peti potest: alioquin alias rei captio erit.* » - l. 60.

incertus quando) è chiamato *condicio*. Onde non sarà da maravigliare se più oltre vedremo indicati come *condiciones* casi di termini impossibili.

Prescindendo adunque dalle forme esteriori e dalle denominazioni, il nostro fr. ci presenta un nuovo esempio di termine impossibile, apposto ad una stipulazione. La promessa fatta a Roma di dare nello stesso giorno a Cartagine è impossibile (*impossibilis repromissio*) e come tale tutta la obbligazione è nulla (*inutilis erit stipulatio*).

Identica è la soluzione data da Giuliano e riferita da Ulpiano nella:

1. 2 § 6 *Big. de eo quod certo loco* 13, 4. *Ulpianus libro vicesimo septimo ad edictum*. Qui ita stipulatur 'Ephesi decem dari' si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat, perperam ante

«*Idem erit et si Capuae certum olei pondo dari quis stipulatus sit: nam eius temporis fit aestimatio, cum peti potest: peti autem potest, quo primum in locum perveniri potuit*». Al *dies* esplicitamente aggiunto nella prima stipulazione corrisponde appieno quello tacitamente contenuto nella seconda, con cui si promette di consegnare una certa quantità di olio a Capua. Il termine dunque esiste ed è voluto, anche quando non compare nella manifestazione di volontà.

E nuovamente, da distinguersi tuttavia da questi termini, son quelli imposti a certi negozi dal diritto stesso e indipendenti dalla volontà delle parti, i cosiddetti *termini legati* analogamente a ciò che avviene per le *condiciones iuris* (*quae tacite insunt*). Qui l'elemento della volontà (si osservi che il termine è una autolimitazione della volontà) manca, e l'intervallo di tempo che intercede tra la costituzione del rapporto giuridico e il momento della sua efficacia non potrebbe essere soppresso da una dichiarazione di volontà. Così accade di tutte le disposizioni a causa di morte in generale, perchè queste non possono produrre effetti se non dopo un certo lasso di tempo più o meno lungo, quanto cioè corre dal momento in cui il testamento vien fatto sino alla morte del testatore, o alla adizione della eredità; così ad es. nella costituzione di dote *ante nuptias*, dovendosi necessariamente attendere il dì delle nozze. Considerato il *dies* quale esso è realmente, una determinazione accessoria, una qualificazione della volontà rispetto al tempo in cui gli effetti debbono nascere (termine iniziale) o cessare (termine finale), il concetto più sopra esposto si appalesa senz'altro inapplicabile alla categoria dei cosiddetti *termini legati*; in ogni disposizione di ultima volontà è insita la condizione che l'erede adisca la eredità; in ogni costituzione di dote *ante nuptias* quella che le nozze seguano. E queste *condiciones iuris* fanno già di per sé esulare la figura del termine.

Quando invece, come si legge nel testo che ha dato occasione alla presente digressione, io stipuli a Roma cento perchè mi sien pagati a Cartagine, questa obbligazione è dalle parti stesse voluta a termine, perocchè essa non potrebbe eseguirsi subito, ma sol quando sia trascorso il tempo necessario perchè io possa recarmi nel luogo in cui deve avvenire il pagamento.

diem agi, quia et Iulianus putat diem tacite huic stipulationi inesse. Quare verum puto, quod Iulianus ait eum, qui Romae stipulatur hodie Carthagine dari, inutiliter stipulari.

Di fronte a questi testi, i Digesti ce ne offrono un altro, che per la identica specie di termine presenta una soluzione perfettamente contraria.

l. 12 § 1 *Dig. de legatis* I (30). *Pomponius libro tertio ad Sabinum*. Proculus ait, si quis servos quos Gadibus haberet eo testamento, quod Romae moriens fecerit, triduo quo mortuus fuerit heredem dare mihi damnaverit, *ratum esse legatum* et angustias temporis nihil legato nocere.

Che qui si tratti d'un termine impossibile, non può revocarsi in dubbio, sebbene più d'uno scrittore ne parli come di condizione impossibile, confondendo questo caso con quello, ben diverso, formulato da un altro fr. di cui si ragionerà tra breve. Qui niun concetto che possa richiamar la figura della *condictio*, comunque voglia sforzarsi, il pensiero del giureconsulto e qualunque sia la forma esterna che voglia darsi alla manifestazione della volontà del testatore. Il legato degli schiavi non può dirsi che sia condizionato al fatto della consegna entro il terzo giorno dalla morte: esso, sotto questo rispetto, potrebbe considerarsi puro. Il testatore vi ha semplicemente aggiunto un termine per la esecuzione, e questo termine, data la distanza tra il luogo in cui la consegna va fatta e quello in cui si trovano gli schiavi, è impossibile. Nessuna differenza adunque, nè di sostanza, nè di forma esteriore, tra l'*hodie* del fr. delle istituzioni e il *triduo quo mortuus fuerit* del fr. pomponiano. E tuttavia, mentre in quello la stipulazione è nulla, in questo il legato è valido.

Ora, la differenza della soluzione deve ricercarsi in ragioni estrinseche e speciali al caso in esame, ovvero in una norma più generale, che distinguendo gli atti tra vivi da quelli a causa di morte (o da alcuni soltanto tra questi, come ad es. il legato), dichiarasse la nullità dei primi e la validità dei secondi ogni qualvolta vi si apponesse un termine impossibile? E se la norma esistette, fu essa una regola analoga a quella accolta per le condizioni, o questa stessa regola, in quanto si riducevano tutti gli atti con termini impossibili alla figura di negozi con condizioni impossibili?

Quest'ultimo dubbio è provocato da un fr. contenente un caso apparentemente identico a quello della l. 12 § 1:

l. 6 *Dig. de cond. inst.* 28, 7. *Ulpianus libro nono ad Sabinum.*

Si quis ita institutus sit, si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis eius fecisset: cum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit condicionem evanescere quasi impossibilem.

Ma a chi bene osservi non può sfuggire come il contenuto sia sostanzialmente diverso, perocchè qui si ha una condizione impossibile (aggiunta ad una istituzione d'erede), mentre là si ha soltanto un termine impossibile (aggiunto ad un legato). La impossibilità della condizione però nasce dalla brevità del termine, nel quale l'atto imposto come condizione dev'essere compiuto. Si ha cioè una condizione, la quale sarebbe per se stessa possibile (*si monumentum post mortem testatoris fecisset*), ma diventa impossibile per l'apposizione d'un termine eccessivamente breve (*in triduo proximo mortis eius*): o con altre parole una *condicio* combinata con un *dies*.

La questione dei rapporti che corrono tra la condizione e il termine contenuti in un'unica dichiarazione accessoria di volontà, è di quelle che più hanno affaticato e diviso gl'interpreti.

Contiene la *condicio* sempre in se stessa un *dies*? È essa nella sua intima essenza una combinazione di un *an* e di un *quando*? Ed allorchè i due elementi figurano distintamente riuniti insieme in una sola determinazione accessoria aggiunta alla volontà principale che si dirige alla creazione del negozio giuridico, può o deve darsi all'uno una preponderanza sull'altro?

Ognuno vede come il quesito dommatico e più largo abbia importanza per la migliore interpretazione dei testi surrichiamati e per la soluzione del problema che ci siamo proposto. Ma poichè qui non è il luogo ad una siffatta ricerca più generale, converrà accennare di volo ai risultati ottenuti dalla critica.

Che la *condicio* contenga sempre un termine (intesa la parola non nello stretto significato tecnico di *dies*, ma in quello più largo di momento, come parte del tempo) non può negarsi: pel semplice fatto che la efficacia del negozio giuridico dipende da un avvenimento futuro ed incerto, è naturale che quella non potrà intervenire prima

di un determinato momento, in cui l'avvenimento deve verificarsi (o mancare) ¹⁾.

Ma se il *dies* s'intenda nel suo più stretto significato tecnico, di aggiornamento voluto (tacitamente o espressamente) degli effetti del negozio giuridico, quella proposizione non è più esatta, e deve modificarsi piuttosto nell'altra, che solo nel dubbio la condizione (sospensiva) contenga un termine, perocchè o una esplicita dichiarazione contraria delle parti o altre circostanze emergenti dalla dichiarazione stessa o dalla natura del negozio, cui si dà vita, possono far cadere codesta presunzione.

Questo concetto accolse e nitidamente scolpi il Windscheid ²⁾: « Il fondamento di questa massima (che cioè la condizione sospensiva adempiuta non abbia di regola effetto retroattivo) è la volontà presuntiva dell'autore della dichiarazione di volontà condizionata; nel dubbio deve ammettersi, che chi vuole che una certa conseguenza giuridica abbia luogo *PEL CASO* di una certa conformazione dei rapporti, ad un tempo voglia, che questa conseguenza solo *ALLORA* abbia luogo, *QUANDO* la voluta conformazione dei rapporti sia determinata; in altri termini si deve ammettere, che la condizione, nell'intendimento di chi l'appone, implichi pure un termine. Ma questo però si deve anche ammettere solo nel dubbio, e devesi quindi ammettere il contrario, non solo quando si abbia dichiarazione espressa in questo senso, ma anche quando le circostanze impongano tale interpretazione della dichiarazione di volontà condizionata ». Il qual concetto non porta, come si vede, a negar la esistenza di condizioni pure, scevre cioè di qualsiasi elemento che richiami più o meno espressamente il termine, ma dimostra soltanto la infrequenza con cui co-siffatte condizioni s'incontrano, perocchè normalmente alla condizione va unito un termine ³⁾.

Non in tutti questi casi però il termine assume una funzione sua propria, per modo da produrre di per sè effetti sul negozio giuridico. Occorre, perchè ciò accada, che la determinazione del tempo tuttochè combinata con la condizione, si mantenga da questa in certa

¹⁾ Cfr. ENNECCERUS, op. cit. § 22 pag. 192 segg.

²⁾ Pandette, trad. it. § 91 pag. 366.

³⁾ Cfr. ENNECCERUS, op. cit. pag. 192 segg.; SCHULIN, *Ueber Resolutionsbedingungen und Endtermine*, pag. 32 segg.

guisa distinta, o, con altre parole, che si tratti propriamente di una condizione e d'un termine combinati insieme. Quando questo fenomeno si verifica, il termine acquista una importanza sua propria: verificatasi la condizione o ammesso, per finzione di legge, il verificarsi di essa, entra in funzione il *dies*: il rapporto giuridico, tolta la incertezza dipendente dalla condizione, si perfeziona, ma tuttavia ne rimangono sospesi gli effetti, fino alla scadenza del termine.

La maggior parte dei testi addotti dall'Enneccerus, per documentare quel concetto che abbiamo più sopra accennato e che anch'egli accetta e difende, si riferiscono in sostanza a questa più particolare forma di complesse determinazioni accessorie. Citerò, tra essi, due che valgono, in due ipotesi diverse, a chiarir meglio il rapporto in cui vengono a trovarsi in questi casi la condizione e il termine.

l. 8 *Dig. de V. O.* 45, l. *Paulus libro secundo ad Sabinum*. In illa stipulatione: ' si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes ? ' mortuo homine quaeritur, an statim ante kalendas agi possit. Sabinus Proculus expectandum diem actori putant, quod est verius: tota enim obligatio sub condicione et in diem collata est et licet ad condicionem committi videatur dies tamen superest.

l. 18 § 2 *Dig. de alim. leg.* 34, l. *Scaevola libro vicesimo digestorum*. Ab heredibus Stichum manumitti voluit eique, si cum Seio moraretur, cibaria et vestiaria praestari a Seio: deinde haec verba adiecit: ' te autem, Sei, peto, ut, cum ad annum vicesimum quintum perveneris, militiam ei compares, si tamen te ante non reliquerit. ' Quaesitum est, Sticho statim libertatem consecuto, prius autem defuncto Seio quam ad annum vicesimum quintum perveniret, an ab his, ad quos bona Seii pervenerunt, militia Sticho comparari debet? Et si placet deberi, utrum statim militia comparanda sit an eo tempore, quo Seius annum vicesimum quintum expleturus fuisset, si supervixisset? Respondit, cum placeat comparandam, non ante deberi, quam id tempus cessisset.

Nel primo caso, verificatasi innanzi tempo la condizione per la morte di Stico, il debito di dieci non può più dirsi incerto, ma tuttavia il termine contenuto nella condizione continua a spiegar la sua efficacia (*dies tamen superest*), facendo sì che non possa esigersi *ante kalendas*. Nel secondo, divenuto impossibile il verificarsi della con-

dizione per la morte di Seio, resta il termine del venticinquesimo anno predisposto dal testatore, termine che deve aver valore quante volte si ritenga, come suppone Scevola, che sien gli eredi tenuti ad adempiere l'onere imposto a Seio.

L'intimo nesso che corre tra le due specie di determinazioni accessorie aggiunte ad un medesimo negozio fa dunque sì che nè all'una nè all'altra possa darsi autonomia ed efficacia a sè, senza modificare la volontà di chi li appose insieme.

Di qui discende la conseguenza che se la condizione, cui segue un termine, è solo apparentemente una *condicio* (come nel caso della condizione necessaria), il termine non ha più alcun valore data la vanità di quella:

Sed cum eo (continua la cit. l. 8), qui ita promisit: 'si intra kalendas digito caelum non tetigerit,' agi protinus potest. Haec et Marcellus probat.

Ora tornando al nostro fr. 6, che deve dirsi della condizione, che ivi è resa impossibile proprio dal termine?

Qualche scrittore dubitò che l'una potesse in certa guisa scindersi dall'altro, e poichè la impossibilità non è qui di tutta la condizione, ma soltanto del termine nel quale ad essa l'eredità dovrebbe ottemperare, ritenne che dovesse solo la parte impossibile cadere e conseguentemente, in conformità della nota massima *impossibilis condicio et rel.*, solo l'*angustia temporis* considerarsi *pro non scripta*¹⁾. Ma l'errore è manifesto: dato quel concetto di dipendenza, che qui si appalesa tanto più evidente, in quanto tra la *condicio* e il *dies* v'ha assoluta inscindibilità, la voluta autonomia del *dies*, che renderebbe pienamente valida la condizione, non è neppur pensabile: il termine cade con la condizione della quale è parte²⁾, poichè questa è impossibile³⁾.

¹⁾ Così il CUIACIO, *Rechtat. solennes ad tit. VII de cond. institut.* (op. omp. VII, p. 940) sulla base del fr. 23 § 1 D. de receptis qui arbit. 4, 8; ENDEMANN, *de impl. cond. temp.* p. 63; ROSSHIRT, *Vermächtnisse* I, p. 360; cfr. VANGEROW, *Pand.* § 434, Anm. 2, pag. 110.

²⁾ Al più l'obbligo imposto all'eredità di erigere un monumento può rimanere come un *modus*, e sotto questo aspetto può ammettersi che il termine brevissimo non sia tenuto a calcolo.

³⁾ Sulla locuzione *quasi impossibilis* che si legge nel testo e in altri fr. (cfr. ad es. la l. 6 § 1 Dig. de cond. 35, 1) e sulla categoria delle *conditiones inevitabiles* che vi si riconnette. v. SCHEURL, op. cit. pag. 270-271. Sulla denominazione di *conditiones insequabiles* cfr. SAVIGNY, *Sistema*, III § 121, pag. 221.

La sostanziale differenza, e in pari tempo l'analogia di trattamento della determinazione accessoria, che corre tra la l. 6 e la l. 12 § 1 è di intuitiva evidenza. Là una condizione impossibile, resa tale dall'aggiunta d'un termine troppo angusto: il vizio del *dies* investe tutta la condizione, la quale non può esser mantenuta mercè una finzione che faccia non considerare apposto quel termine, ma cade tutta intera; qua un semplice termine impossibile. E in ambedue i casi la determinazione accessoria si considera come non scritta: nel primo è tutta la *condicio*, la quale lascia sussistere come pura la istituzione d'erede nel secondo è il termine breve, che si considera *pro non scripto* e lascia pienamente valido il legato.

✧

Se dalla sola l. 12 § 1 si dovesse trarre la prova della esistenza d'una regola pei termini impossibili analoga a quella ammessa per le condizioni, la dimostrazione potrebbe dirsi invero fondata su troppo poca cosa. Ed anzi si obietterà: come indurre da una sentenza di Proculo la regola che nei testamenti il termine impossibile sia considerato non scritto, se fu per lo appunto la scuola che da lui prese nome quella che sostenne la norma inversa per le condizioni? Avrebbe dunque Proculo (e con lui forse i Proculeiani) ammesso soltanto in via d'eccezione pei termini quella che pei Sabiniani era eccezione solo per le condizioni?

L'obiezione è, a primo aspetto, assai grave; e poichè della paternità della sentenza riferita da Pomponio nel suo commento a Sabino non v'ha ragione di dubitare, conviene certamente rinunciare alla supposizione che (se una regola vi fu mai pei termini analoga a quella per le condizioni) questa potesse essersi formata come estensione di quella che i Sabiniani propugnarono per le condizioni.

Ma quella gravità non è che apparente, la esistenza d'una tal regola non essendo punto inconciliabile con la teoria propugnata per le condizioni impossibili dai Proculeiani.

La ragione sulla quale la scuola di Proculo fondava la teoria della nullità d'ogni negozio giuridico, anche se a causa di morte, era la inscindibilità della disposizione dalla condizione appostavi: la impossibilità della condizione rendeva impossibile la validità della vo-

lontà espressa condizionatamente. Ora lo stesso principio non può valere, e non valeva infatti nel diritto romano, anche per termini. La volontà nata condizionatamente non può punto parificarsi ad una volontà non sottoposta ad alcuna condizione, ma contenente soltanto una limitazione relativa al tempo in cui gli effetti del negozio giuridico devono prodursi. La condizione investe tutta la volontà e le imprime quel carattere d'incertezza, che è proprio dell'evento futuro preso appunto per condizione; il termine non modifica invece la sostanza della volontà, ma, aggiunto ad essa, si ripercuote sugli effetti del negozio.

Tutto ciò non significa già che il negozio a termine contenga due dichiarazioni di volontà; ¹⁾ ma dimostra soltanto come sia diversa la natura del termine da quella della condizione. Sicchè l'esser dei se-

¹⁾ Il negozio a termine è un negozio contenente una duplice dichiarazione di volontà, l'una relativa al negozio in genere, l'altra al tempo in cui esso deve sorgere o cessare! L'ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft*, p. 211 sgg., ha con argomentazioni stringenti dimostrato come la dichiarazione di volontà non possa essere che una sola. Se ad es. dell'unica dichiarazione di volontà: « ti prometto di pagarti cento al 1° gennaio del prossimo anno » si volesse farne due distinte: 1) « ti prometto di pagarti cento », 2) « il pagamento sarà fatto il 1° gennaio del prossimo anno » - la seconda dichiarazione non conterrebbe che una oziosa ripetizione della prima. La volontà che si dirige alla limitazione degli effetti nel tempo è una qualifica della volontà diretta a creare il rapporto giuridico. La teoria della volontà unica non ha però trovato concordi tutti gli scrittori, in particolar modo per ciò che riflette il termine finale, mentre per quel che riguarda il termine iniziale non si sono elevati, o quasi; dei dubbi.

Il WINDSCHEID, *Pand.* I § 96, nota 2, applicando a quello lo stesso concetto della condizione risolutiva, afferma che il termine finale è una dichiarazione di volontà con termine sospensivo, aggiunta ad un'altra dichiarazione contemporanea di volontà. Si avrebbero cioè anche qui due volontà successive, sebbene contenute in una medesima dichiarazione, delle quali la prima è diretta a costituire il rapporto giuridico, l'altra a risolverlo, sospendendo però la risoluzione stessa fino ad un determinato momento. Lo stesso Windscheid però riconosce che il termine sospensivo è propriamente una qualifica della dichiarazione di « un'unica volontà così specialmente conformata » (l. cit.).

Invece anche per *des a quo* lo SCHULIN, *Resolutiobedingungen*, pag. 188 sgg. propugna la teoria della duplice dichiarazione. Per lui quel termine è *normalmente* una parte della dichiarazione di volontà, ma può tuttavia presentarsi come una seconda volontà indipendente e per sé stante (*als zweites selbstständiges Rechtsgeschäft*), che si aggiunge alla prima e la sussegue. Di questa seconda specie egli trova anzi due esempi nella l. 4 *pr. Dig. de servit.* 8, 1 e nella l. 20 *Dig. de iure dot.* 23, 3.

La l. 4 *pr.* non è apparsa chiarissima agl'interpreti: « Papinianus libro se-

guaci di Proculo la massima che le condizioni impossibili annullano, oltre i negozi tra vivi, anche quelli a causa di morte, non impedisce che Proculo ammettesse doversi considerar non apposto il termine impossibile, e, nel caso in esame, riconoscesse valido il legato non ostante la impossibilità del termine.

Come dunque e perchè sarebbe nato in Proculo il dubbio circa la validità dal legato, s'egli sentì il bisogno di proporsi il quesito e di risolverlo?

Un duplice ordine di considerazioni spiegherà, io credo, la cosa; esse anzi varranno, s'io non m'inganno, ad additarci la via per scoprire quella norma più generale che dai Romani fu adottata in materia di termini impossibili.

I brevi cenni fatti più sopra a proposito dei rapporti intercedenti

primo quaestionum. Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia 'quamdiu volam') constitui possunt: sed, tamen, si habet adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreretur contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit, et sibi placere ». Secondo lo CZYHLARZ, *Resolutio bedingung*, pag. 14, nota 14, ogni difficoltà d'interpretarla scompare, se si ammetta che qui Papiniano parlasse di costituzione di servitù prediali mediante contratto: il diritto classico non consentiva per ragioni formali l'apposizione di termini o di condizioni sospensive, perchè nè la *mancipatio* nè la *in iure cessio*, colle quali potevasi costituire una servitù prediale, ammettevano condizioni o termini sospensivi; non consentiva per una ragione sostanziale apposizione di termini o condizioni risolutive, perchè le servitù sono diritti perpetui. Si osservi che il fr. appartiene ad una materia in cui le modificazioni e i guasti dei compilatori sono numerosissimi. Forse tutto l'inciso *Sed tamen ... vindicanti* deve ad essi attribuirsi. (Cfr. del resto sul testo WINDSCHEID, *Pand.* I § 212, nota 9; VANOEROW, *Pand.* I § 340, Anm. 1, n. 4; ELVERS, *Die röm. Servitutentehre* § 19, pag. 176, e per una più larga bibliografia SCHULIN l. cit., ENNECCERUS, *Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung*, p. 61. Sulla materia nel diritto classico e sulle questioni cui essa dava luogo si confrontino GAIO II, 31 e Fr. Vat. § 50). Ad ogni modo è certo inopportuno addurre, per dimostrare riconosciuta dalle fonti la teoria della duplice volontà, un testo in cui è negata la possibilità di apporre termini al negozio giuridico. L'aggiunta non è certo senza efficacia; tuttavia questa non è quella del termine, perchè non può considerarsi vero termine quello che le parti hanno contro la natura del negozio voluto apporre.

Ancor meno prova la l. 20. L'argomento addotto da Giuliano per confermare la validità della stipulazione, potersi cioè *pattuire* di non esigere durante la vita della donna, non sembra esatto a Paolo, essendo diverso l'inserir fin dal principio un termine o il differirne poi la esazione mediante un patto speciale. Non dice il giureconsulto se, rettificata così l'analogia da Giuliano invocata, la stipulazione si consideri da lui come non valida. Certo è che nel passo vien posta una netta distin-

tra la *condicio* e il *dies*, hanno messo in rilievo come, pur essendo ben distinta la natura dell'una da quella dell'altro, in pratica possa molto facilmente una determinazione accessoria relativa soltanto al tempo rivestirsi della forma d'una condizione, e con questa veste apparente e fallace confondersi con una *condicio*. Molto spesso, infatti, il termine assume nel caso specifico così grande importanza, che spostato o comunque modificato, l'essenza stessa del negozio giuridico ne rimane perturbata o distrutta. Anzi, in taluni casi codesta importanza è tale da potersi affermare che il negozio non sarebbe neppure sorto se il termine fosse stato diverso, perchè sarebbe addirittura mancata la volontà, la quale si direbbe e si conformò in quel modo per la considerazione appunto del momento in cui gli effetti avrebbero dovuto prodursi.

S'io prendo, ad esempio, in affitto un veicolo per andarvi a diporto nella prossima domenica, e il vetturale voglia prestarmi il suo servizio un giorno innanzi, può ragionevolmente affermarsi ch'io non avrei fatto il contratto, se avessi preveduto un termine diverso.

Ora, come in questo ed altri simili casi il *dies* può facilmente

zione tra il termine originariamente inserito e il cosiddetto *pactum de non petendo intra certum tempus*, a cui s'allude col *differre exactionem*. E il *p. d. n. p.* è tutt'altro che un termine.

Pel termine finale lo SCHULIN non esclude già che esso possa presentarsi come parte della dichiarazione; ma ciò non accade, a suo avviso, che raramente. Più spesso il termine si presenta o come una seconda dichiarazione di volontà collegata con una prima volontà principale, o come una più precisa specificazione (*Charakterisierung*) del contenuto del diritto voluto. — Per qual ragione un termine semplicemente apposto alla efficacia di una dichiarazione di volontà dovrebbe, nella maggior parte dei casi, non produrre effetto (così lo SCHULIN, pag. 192), non s'intende. E ancor meno s'intende perchè esso avrebbe importanza soltanto nella ipotesi che il diritto voluto non sia ancor nato o non lo sia completamente, nel momento in cui scade il termine finale. Lo Schulin ammette che il termine, concepito come s'è detto, qui abbia valore soltanto perchè impedisce l'inizio degli effetti: sicchè non avrebbe efficacia per toglier di mezzo gli effetti stessi della dichiarazione. Ma ogni diritto, in quanto è costituito, produce di momento in momento i suoi effetti, e questi durano fino a che una causa estranea o la stessa volontà non li faccia cessare. Come il legato di prestazioni periodiche, cui lo Schulin accenna, così la locazione produce i suoi effetti, i quali son duraturi in quanto si rinnovano di momento in momento. Apposto un termine finale, gli effetti cessano col venire del *dies*, e la loro cessazione è identica sia nel legato sia nella locazione, perchè in quel giorno la volontà del locatore si deve considerar venuta meno, al pari di quella del testatore.

Per lo SCHEURL, *Nebenbestimmungen*, pag. 63, il termine finale è, accanto alla

convertirsi in una condizione, così in quello che si presentava a Proculo poteva nascer dubbio se l'avere il testatore assegnato come termine pel pagamento del legato tre giorni, significasse che il termine si fosse dedotto come condizione. E la conseguenza sarebbe stata, come s'intende, ben diversa. Se il testatore avesse scritto: « lascio a Tizio i miei schiavi che sono a Cadice, purchè gli si consegnino entro tre giorni dalla mia morte », Proculo conseguente alla sua dottrina avrebbe dichiarato nullo il legato.

In questo invece i tre giorni dovevano presentarsi come puro e semplice termine per la consegna: la sua brevità, dunque, non dovevasi considerar come ragione sufficiente per annullare la disposizione.

Ma v'ha di più.

Se in ogni disposizione di ultima volontà la prima indagine che s'impone è quella della volontà del testatore, deve questa ricerca fare anche nel caso di un termine impossibile aggiunto alla disposizione?

Lo Scheurl non ne dubita, anzi la ricerca ammette anche quando si tratti di condizioni e di modi,¹⁾ ritenendo contraria alla dottrina

volontà esplicita diretta a costituire il negozio giuridico, come un'altra *tacita* dichiarazione di volontà, la quale può avere questo duplice contenuto: o che il rapporto giuridico debba, dopo esser nato, perdurare *fino* ad un determinato momento; ovvero che *da* questo momento esso debba essere annullato. Se la volontà si conforma nella prima maniera, miri cioè non alla risoluzione del negozio, ma a farlo sussistere per un certo tempo, non può parlarsi di due volontà distinte: la dichiarazione di volontà *ad diem* è « una dichiarazione semplice di volontà, mediante la quale deve essere costituito un rapporto giuridico di durata limitata rispetto al tempo ». Concepito nell'altra maniera, invece, il termine costituirebbe una volontà separata che si aggiunge alla prima. E la diversità della concezione sarebbe non senza gravi effetti pratici: nel primo caso il termine avrebbe efficacia soltanto se apposto ad un diritto per sua natura passeggero e temporaneo (a l. es. l'usufrutto); sui diritti duraturi invece non produrrebbe effetto che il termine conformato come un secondo atto della volontà. Anche lo Scheurl però ricorre inopportuno, per dimostrare il suo assunto, ai negozi che non ammettono termine: mentre è chiaro che data appunto la natura di codesti negozi, perchè gli effetti cessino è indispensabile una nuova dichiarazione di volontà contraria alla prima che li costitui, e che tale dichiarazione anzichè un termine è un nuovo negozio a sè.

¹⁾ Riferisco le parole di lui, *Nebenbestimmungen*, pag. 274: « Quando una determinazione accessoria, sia essa un termine, una condizione o un *modus*, esprime un presupposto per la validità o la esistenza della giuridica dichiarazione di volontà contenuta nella determinazione, dal quale il dichiarante deve prevedere che essa non si verificherà o si verificherà in modo da impedire di fatto l'effetto

dei giureconsulti romani quella universalmente accettata dai moderni interpreti, che le determinazioni accessorie impossibili (o anche soltanto quasi impossibili) vogliono semplicemente e senz'altro cancellate nelle disposizioni di ultima volontà ¹⁾, dovendosi prima d'ogni altra cosa accertare se la volontà sia seria.

Come codesta indagine possa conciliarsi con la norma fissa e generale difesa dai Proculiani da un canto, o con quella accolta da Giustiniano dall'altro; qual valore abbia nell'argomento la l. 27 pr. D. 28, 7, ove si legge: «*sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem condicionem posuit, neque compbs mentis esset*»; se finalmente sia esatta l'affermazione che la impossibilità della *condicio* esclude più raramente che non quella del *dies* la serietà della volontà ²⁾ - tutto ciò lasceremo fuori della presente discussione, avendo più stretta relazione con la teoria delle condizioni, di cui qui non si tratta. Due punti però vogliono essere ben fissati: l'uno che la ricerca della volontà può e deve farsi innanzi di giudicare della validità o meno della disposizione; l'altro che è falso ritenere, come già fece il Savigny ³⁾ e tende a credere ma con maggior moderazione lo Scheurl ⁴⁾, esser sempre il termine impossibile un segno che la disposizione non fu seriamente pensata.

Il caso risoluto da Proculo pel legato conferma il secondo assunto, smentendo la opposta opinione di quegli scrittori; vari fr. che più oltre si esamineranno ribadiscono il primo.

Ora la duplice indagine che per ciascun caso di termine impossibile dovevasi istituire, diretta l'una a ricercare se per avventura il *dies* non contenesse una *condicio*, l'altra ad accertare se la volontà fosse seria e se vi fosse perciò volontà, dovevan condurre a un trattamento dei termini affatto indipendente da quello delle condizioni impossibili, sebbene il risultato finale possa poi essere stato analogo.

Seguendo il Savigny nella sua recisa affermazione, anche lo

voluto, è innanzi tutto da chiedersi se siavi serietà in tutta la dichiarazione di volontà e solamente quando ogni dubbio al riguardo sia dissipato, potranno applicarsi le regole giuridiche relative allo speciale trattamento delle determinazioni accessorie impossibili ed immorali nelle disposizioni di ultima volontà ».

¹⁾ Op. cit. pag. 279.

²⁾ Op. cit. p. 281.

³⁾ *Systema*, III, pag. 266.

⁴⁾ Op. cit. § 76 e 77, *passim*.

Scheurl sostiene che l'aggiunta d'un termine impossibile rendesse nulla nel diritto romano la disposizione testamentaria, e adduce per argomento le ll. 4 *Dig. de statulib.*, 40, 7; 51 *Dig. de usufr.* 7, 1 e 5 *Dig. de usu et usufr. leg.* 33, 2, che dichiarano inefficaci la manumissione e l'usufrutto per l'aggiunta di un tal termine. Ammettere che solo il termine possa esser trattato come nullo e quindi considerato siccome non apposto alla disposizione, è per lui contrario alle fonti.

Un primo accenno a modificar siffatta teoria si trova nella breve monografia del Lenz: in forma tuttavia così imperfetta che la dottrina non fa, può dirsi, un passo innanzi. La massima che il *dies impossibilis* annulla la disposizione testamentaria è corretta, scrive il Lenz¹⁾, se per *dies imp.* s'intenda un *dies certus* la cui efficacia sia impossibile; è errata se per *dies imp.* s'intenda un termine la cui venuta è impossibile, di cui cioè è certo ch'esso non verrà mai (*dies certus non*). Un tal termine non differisce in sostanza dalla condizione impossibile; e poichè esso è o una pura *cond. imp.* espressa soltanto sotto forma di determinazione di tempo, o una combinazione di *cond. imp.* con *dies*, gli si deve applicare la stessa norma sancita per le *cond. imp.* del § 10 I. 2, 14. Tutti gli altri casi delle fonti, in cui il *dies* apparisce come causa d'annullamento della disposizione, non contengono esempi di termine impossibile (nel senso che ad esso il Lenz attribuisce) e la nullità deve spiegarsi per ragioni affatto peculiari alla natura del diritto o del rapporto che si vuol costituire.

Ora nè la teoria del Savigny e dello Scheurl, nè quella del Lenz corrispondono, a quanto, a mio credere, i Romani praticarono in proposito.

La regola dovè essere affatto diversa, il termine impossibile considerandosi come non scritto in ogni atto di ultima volontà. E il trovarsi in un caso di legato considerato come non scritto un tal termine, deve spiegarsi non in forza d'una estensione della regola dalle condizioni impossibili ai termini, ma per ragioni affatto peculiari a questi ultimi e sulla base d'una norma sorta in modo indipendente ed autonomo.

La natura del termine è infatti non già quella di sospendere il negozio giuridico, ma di differirne soltanto gli effetti. Il negozio è

¹⁾ Op. cit. pag. 88

adunque per se stesso perfetto e i suoi effetti sono per ciò appunto voluti. Senonchè quando dovranno questi prodursi, nel caso in cui il termine fissato non può venire?

Di fronte a codesta difficoltà, la logica giuridica dei Romani non ebbe che una sola soluzione: considerar come non apposto il termine e dare al negozio giuridico la sua piena efficacia, quante volte tuttavia dalla ricerca della volontà non risultasse che l'aver fissato gli effetti in un giorno impossibile fosse la espressione d'una volontà contraria alla costituzione stessa del negozio.

Con questa ricerca appunto si spiega la tanto vessata

l. 4 § 1 *Dig. de statuliberis* 40, 7: *Paulus libro quinto ad Sabinum*. Non est statuliber, cui libertas in tam longum tempus collata est, est eo tempore is qui manumissus est vivere non possit: aut si tam difficilem, immo paene impossibilem condicionem adiecerit, ut aliunde ea libertas optingere non possit, veluti si heredi milies dedisset aut cum moreretur, liberum esse iussisset: sic enim libertas inutiliter datur, et ita Iulianus scribit, quia nec animus dandae libertatis est.

Secondo la classificazione data superiormente ¹⁾ il termine fissato nella manumissione al dì della morte dello schiavo o anche in un momento tanto lontano da non poter venire che dopo la morte dello schiavo, è di quelli che abbiamo chiamato *relativamente impossibili*. ²⁾ Il *dies mortis* del servo o anche quello che scade dopo la morte, non può, per quanto lontano, mancare: esso è, certo o incerto, in ogni caso possibile assolutamente; ma diviene impossibile nel rapporto speciale in cui è posto nella manumissione.

Paolo contempla qui appunto codesti due casi di termine impossibile (*in tam longum tempus ut eo tempore vivere non possit - aut cum moreretur*), ma fra l'uno e l'altro inserisce un terzo caso, che ha dato non poco da pensare agli interpreti. La condizione apposta

¹⁾ Vedi pag. 13.

²⁾ Il diritto romano ammetteva l'apposizione di termini alla manumissione fatta per testamento, la escludeva per quella compiuta con un atto tra vivi: e ciò tanto nel diritto più antico quanto nel giustiniano. Cfr. ENNECERUS, *Suspensivbedingung*, pag. 56 sgg. e *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, pag. 498.

al legato di libertà, che cioè lo schiavo paghi *millies* ¹⁾ all'erede, è parificata completamente ai due casi di termine impossibile, e porta all'annullamento della manumissione.

Il Savigny ²⁾ commentando le tre ipotesi esaminate dal giureconsulto, trova conseguente alla dottrina ch'egli attribuisce ai Romani la decisione pel primo e pel terzo caso, che trattano di *dies impossibilis*; ma non potendo spiegarsi il secondo, in cui la impossibilità è della *condicio*, ricorre all'espedito di un errore che i compilatori avrebbero commesso nell'accettare nei digesti una decisione compatibile soltanto con la opinione dei Proculiani e in diretta contraddizione con la teoria accolta da Giustiniano. Causa della svista sarebbe stato il fatto che quella decisione si trovava in mezzo a due altre sul *dies impossibilis*, le quali stavano benissimo anche nel diritto giustiniano.

Il Gotofredo ³⁾ si limitava ad annotar soltanto che una tale condizione si ha per non scritta, senza spiegar poi l'apparente contraddizione. Ma gli altri sulla guida principalmente del Cuiacio ⁴⁾ hanno voluto trovare il bandolo nella differenza che corre tra le condizioni impossibili e le difficili o cosiddette quasi impossibili. La *condicio difficile* può, almeno teoricamente, adempiersi sempre; sicchè mentre la *condicio impossibilis ipso iure remittitur*, quella difficile o *pene impossibilis neque ipso iure remittitur, neque decreto praetoris*. La condizione imposta al servo di dare cento milioni di sesterzi all'erede è dunque semplicemente difficile o quasi impossibile, e come tale non potendo esser rimessa, alla stessa guisa di quel che avverrebbe con una condizione impossibile, annulla il legato ⁵⁾.

¹⁾ Si è d'accordo ormai nel respingere la lezione della Vulgata e nel correggere quella della fiorentina « *milas* » in « *miltes* », « *millies* ». Cfr. MOMMSEN nella edizione maggiore e Gotofredo *ad h. l.*

²⁾ *Sistema*, III, § 124, nota *d*, pag. 259 e nota *i*, pag. 266.

³⁾ *Ad h. l.*

⁴⁾ *Observationes* l. 21, cap. 39 (*Op. omn.* III, p. 633-634); *Notae ad h. l.* (X, p. 509).

⁵⁾ Vedi in questo senso DONELLO, *Comm.* lib. 8, cap. 32, § 8 (*Op. omn.* II, p. 1041); FABRO, *Connect.* VI, cap. 12 (Coloniae, 1615, pag. 152-153); NOODT, *de usufr.* l. 1, cap. 19 (*Op. omn.* Napoli, 1786, II, pag. 166); AVERAN, *Interpret. iur.* l. 1, cap. 21, n. 13 e l. 2, cap. 24, n. 9; HEINECCIO, *Iuspr. rom. et att.* I, p. 343; GRÜCK, *Pand.* XLI, pag. 134 sgg. Cfr. inoltre la l. 55 *Dig. fam. ercisc.* 10, 2 ove la *condicio difficilis* è richiamata appunto come non identica alla *impossibilis*, e la l. 137 § 4 *Dig. de V. O.* 45, 1, sulla quale si ritornerà più oltre.

Questo stesso concetto ha ripreso e più largamente illustrato lo Scheurl ¹⁾ La condizione di dare cento milioni è una *condicio possibilis*, quanto quella di dare dieci, perchè il concetto della impossibilità si ha sol quando l'evento è impossibile per tutti; ma essa è di fatto, per uno schiavo, come se fosse impossibile. Se essa fosse senz'altro impossibile, come avrebbe potuto Paolo, che nelle sue *Sententiae* III, 4 b, § 1 dichiara: (*in institutione heredum condicio*) *altera [impossibilis] submovetur*, enunciar poi nella l. 4 § 1 un principio affatto opposto? La spiegazione del Savigny, se pur regge rispetto ai compilatori, non regge più rispetto a Paolo, il quale avrebbe commesso non una svista, ma seguito nelle *Sententiae* la dottrina sabiniana, nel commento a Sabino quella dei Proculeiani!

Il fr. presenta tre casi di legato di libertà con tale limitazione, che ogni uomo sano deve comprendere come in nessuno di essi vi fosse nel testatore la volontà di dare la libertà allo schiavo. Ma se la soluzione era così piana e naturale, perchè sentì Paolo il bisogno d'invocare l'autorità di Giuliano? Perchè, risponde lo Scheurl, quella condizione: *si millies dedisset*, avrebbe potuto confondersi con una condizione *derisoria*, la quale, come rilevasi dalla l. 14 *Dig. de condic. inst.* 28, 7 ²⁾ è trattata analogamente alla impossibile, essendo vietato apporla nei testamenti. Schernire il proprio schiavo invece non doveva esser vietato, e poichè nello scherno è contenuta una volontà contraria a quella apparentemente manifestata, qui dovevano e Paolo e Giuliano concludere per la nullità del legato.

Il risultato cui così si perviene è identico a quello ottenuto dagli altri scrittori precedenti, sebbene la costruzione del pensiero se ne differenzi alquanto ³⁾.

Ora, lasciando da parte per un istante il caso della *condicio*, quel che rilevasi dalla legge suddetta con tutta sicurezza, è che da un canto la ricerca della volontà in un caso di *dies impossibilis* s'impone sempre come prima e fondamentale indagine, dall'altro che la nostra regola non ha valore ogni qualvolta da quella indagine risulti una volontà perfettamente contraria. E che tale debba ritenersi la

¹⁾ Op. cit. pag. 272 sgg.

²⁾ Lo SCHEURL a pag. 274 cita, evidentemente per mero equivoco, l. 14 *D. de cond.* 35, 1.

³⁾ Cfr. anche WENDT, *Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft* pag. 154-156.

volontà di colui che lega la libertà allo schiavo pel dì della morte o per un tempo in cui questo non possa sopravvivere, si deduce con molta chiarezza dalla

l. 61 pr. *Dig. de man. test.* 40, 4. *Pomponius libro undecimo epistularum.* Scio quosdam efficere volentes, ne servi sui umquam ad libertatem perveniant, hactenus scribere solitos: 'Stichus cum moreretur, liber esto'. Sed et Iulianus ait libertatem, quae in ultimum vitae tempus conferatur, nullius momenti esse, cum testator impediendae magis quam dandae libertatis gratia ita scripsisse intellegitur. Et ideo etiam si ita sit scriptum: 'Stichus si in Capitolium non ascenderit, liber esto', nullius momenti hoc esse, si apparet in ultimam vitae tempus conferri libertatem testatorem voluisse, nec Mucianae cautioni locum esse.

nonchè dalla

l. 17 pr. *Dig. eod. Iulianus libro quadragensimo secundo digestorum.* Libertas, quae in ultimum vitae tempus confertur, veluti 'Stichus cum morietur, liber esto', nullius momenti existimanda est. Haec autem scriptura 'Stichus si Capitolium non ascenderit, liber esto' ita accipienda est 'si cum primum potuerit, Capitolium non ascenderit': isto enim modo perveniet Stichus ad libertatem, si facultate data ascendendi Capitolium abstinuerit.

Pomponio è esplicito: *Scio quosdam efficere volentes, ne servi sui umquam ad libertatem perveniant*; e nonostante il favore che si accorda alla libertà (*nec enim ignotum est, quod multa contra iuris rigorem pro libertate sint constituta*)¹⁾, purtuttavia qui la *manumissio* è *inutilis*, perchè la volontà di render libero lo schiavo manca. Essa difetta completamente se la libertà è lasciata pel *dies mortis* del servo; ed è lasciata per un tal termine tanto se si adopera la formula 'cum moreretur', quanto se quel termine si nasconde in una condizione di questo genere: 'si in Capitolium non ascenderit'. Per questo secondo caso però occorre che *apparisca* la volontà di non concedere la libertà, e non si possa, come Giuliano avverte nella l. 17, interpretare la *condicio* piuttosto come condizione di non fare *non appena* si sia in grado

¹⁾ L. 24 § 10 *Dig. de pñctcomm. libert.* 40, 5.

di compiere l'atto proibito ¹⁾. È questa volontà contraria che impedisce la liberazione del servo, apparentemente voluta con le parole del legato.

Qui però convien soggiungere, che qualcuno ha dubitato trattarsi nella l. 4 § 1 oltre che di condizione anche di termini impossibili. Se così fosse, noi non avremmo che a lasciare in disparte quel fr. e gli altri consimili, perchè da essi potrebbe ancor meno dedursi un qualsiasi argomento contrario alla tesi nostra. Ma l'assunto non pare sostenibile.

Già Gotofredo ²⁾, fermandosi sul terzo caso contemplato nel nostro fr., osservava che l'aggiunta *cum moreretur* non contiene una condizione, ma soltanto il differimento della libertà. Tuttavia, poichè nella parte precedente si prospettano due condizioni che rendono nullo il legato, non gli pareva fuor di proposito leggere invece di '*aut cum moreretur*', '*aut M annorum erit*', cioè *cum servus mille annorum erit*. In tal guisa la terza formula non sarebbe che una esemplificazione della prima, e la legge non prospetterebbe che due casi (*si milles dedisset - cum (si) mille annorum erit*), che dev'onsi considerare ambedue come condizioni *pene impossibiles*. Di siffatta confusione tra *condicio* e *dies* è forse nelle stesse fonti romane da ricercar la origine ³⁾, per talune improprietà di linguaggio che vi si riscontrano, non mai per vera e propria confusione di concetti. Sicchè anche a

¹⁾ Cfr. CUIACIO, *Comm. in lib. XLII Dig. S. Iul. ad h. l.* (Op. omni. VI, pag. 296-297).

²⁾ Ad. h. l.

³⁾ Cfr. oltre la l. 32 pr. D. ad l. Falc. 35, 2 già citata più sopra, anche la l. 18 § 1 D. de man. testi. 40, 4, ove il termine *cum mortis* è espressamente chiamato *condictio*: « Iulianus libro secundo ad Ursetum Ferozem. Haec condictio 'cum moriar, liber esto' vitae tempus complectitur et idcirco inutilis esse videtur. Sed melius est verba benignius interpretari, ut post mortem suam videatur testator ei libertatem reliquisse ». Si noti che qui il *dies* prescelto è quello della morte del *dominus*, non dello schiavo: la libertà sarebbe in tal caso, a rigore, nulla non per impossibilità del termine, ma per la semplice ragione che riferendosi il *dies mortis* al tempo della vita, la disposizione non potrebbe avere effetto che in vita del testatore. Tuttavia, pel favore della libertà, Giuliano interpreta il *dies mortis* come *dies post mortem*. Se la correzione appartenga veramente a Giuliano, il quale con essa avrebbe così modificato il principio esposto nella prima parte forse da Urseio Feroce, è dubbio. Più probabile sembra attribuire ai compilatori tutta l'aggiunta *Sed melius est... reliquisse*, un'aggiunta che distrugge completamente il principio affermato innanzi! Si noti l'indice esteriore della interpolazione nel *benignius interpretari*. Cfr. sul testo CUIACIO, *Ad Sallustii Iulianum lib. II ad Ursetum Ferozem*, ad h. l. (Op. omni. VI, pag. 489). Del resto lo scambio non è solo tra *condictio* e *dies*, ma anche tra *condictio* e *modus*, come può desumersi dalla l. 8

voler ammettere la proposta lettura (che invero niuno ha mai accettato), il primo caso rimarrebbe sempre un esempio di termine. Così appunto lo considera il Fabro ¹⁾, il quale ponendosi innanzi queste due formule: 'Stichus post mille annos liber esto', 'Stichus si digito caelum tetigerit, liber esto' si domanda qual differenza corra tra esse e dichiara che mentre la seconda disposizione contiene una *condicio impossibilis* (e perciò lo schiavo diventa libero senz'altro), la prima contiene un *dies certus*. Ma poichè la libertà è data *ad diem*, non può forzarsi la volontà del testatore e considerarsi data *pure*. Si può forse il tempo togliere, come si fa della *condicio*? No certo: perchè tolto il termine dei mille anni, possono aversi molti altri termini minori, e qualunque di essi si scegliesse, sarebbe sempre contrario alla volontà espressa dal testatore ²⁾.

Lo Scheurl però nega che la seconda determinazione di tempo sia un vero termine impossibile: esso (egli dice) è piuttosto un *dies* molto inopportuno (*eine sehr unpassende Zeitbestimmung*) ³⁾.

L'argomento che potrebbe addursi a sostegno gli è che, come per la condizione impossibile si richiede ch'essa sia tale di fronte a tutti, e non rispetto ad una sola persona (perocchè in tal caso non si ha che una semplice difficoltà o quasi impossibilità) ⁴⁾, così pel termine impossibile si richieda una impossibilità assoluta.

§ 7 *D. de cond. inst.* 28, 7, dove la manumissione d'uno schiavo presentata come *modus* è da Ulpiano designata come *condicio*. Ma il testo non è forse esente da guasti. Cfr. analogamente la l. 108 *D. de cond.* 35, 1. La distinzione tra *condicio* e *modus* trovasi nettamente posta da Scevola nella l. 80 *D. de cond.* 35, 1: « nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit, si monumentum fecerit, et eum cui datum est, ut monumentum faciat ». Cfr. anche i fr. 2 § 7 e 3 *D. de donat.* 39, 5; 17 § 1 e 44 *D. de man. test.* 40, 4 e la c. 1 *de his quae sub modo legata* 6, 45. V. MAYNZ, *Cours de dr. rom.* 4^e éd. I, pag. 474, n. 25.

¹⁾ Op. cit. l. cit.

²⁾ La libertà lasciata *post annos* deve intendersi data con un termine possibile, che scada cioè prima della morte del servo: l. 17 § 2 *D. de man. test.* 40, 4: « Post annos indistincte liber esse iussus post biennium liber erit: idque et favor libertatis exigit, et verba patiuntur: nisi si aliud sensiase patrem familias manifestissimis rationibus is, a quo libertas relicta est, probaverit ». L'aggiunta *nisi si... probaverit* è interpolata.

³⁾ Op. cit. pag. 273. Ancora più semplice è la teoria del LENZ, op. cit. pag. 93: essendo per lui impossibile soltanto il c. d. *dies certus non*, la l. 4 § 1 non parlerebbe punto di termine impossibile, e rimane perciò solo fuori di discussione.

⁴⁾ La l. 137 § 4 *D. de V. O.* 45, 1 esprime chiaramente il concetto della *difficultas*, la quale non può mai condurre a giustificare il non adempimento della

Senonchè far richiamo ad argomenti di analogia tra la *condictio* e il *dies* non è esatto: quando pur sia dimostrato che la dottrina romana non riconobbe carattere di vera impossibilità alle condizioni impossibili per una persona soltanto, non è provato che la medesima differenza siasi fatta pei termini, tuttochè una certa corrispondenza di concetti non manchi tra la condizione difficile o cosiddetta quasi impossibile e il termine relativamente impossibile, secondo il senso che a questa categoria abbiamo dato più sopra. Del resto lo stesso Scheurl non nega che sia impossibile il primo dei due termini immaginati da Paolo: e se tra questo e il secondo non v'è sostanziale differenza, è pur giusto considerare impossibile anche l'altro.



Il caso dell'usufrutto lasciato pel dì della morte dell'usufruttuario o per un giorno tanto lontano, che questi non possa sopravvivervi, non differisce sostanzialmente da quello della manumissione: la stessa contraddizione che esiste in quella e che induce a ritenere una volontà contraria alla volontà apparentemente manifestata, si ripete nella costituzione di usufrutto con un tal termine:

l. 51 *Dig. de usu fructu* 7, 1. *Modestinus libro nono differentiarum*. Titio 'cum morietur' usus fructus inutiliter legari in-

condizione e a far considerar questa siccome adempiuta: « *Venuleius libro primo stipulationum*. Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim teneatur an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre (conficere?) possit. Quid ergo, si neque domi habet neque inveniat creditorem? Sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur. Et alioquin si quis Stichum dari sponderit, quaeremus, ubi sit Stichus: aut si (sic?) non multum referre videatur 'Ephesi datarum se', an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat: nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Stichum illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit ». V. anche il seg. § 5 che più sinteticamente determina il concetto della impossibilità: « Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit ».

tellegitur, in id tempus videlicet collatus, quo a persona discedere coepit.

l. 5 *Dig. de usu et usu fructu* 33, 2. *Paulus libro tertio ad Sabinum*. Usus fructus 'cum moriar' inutiliter stipulor: idem est in legato, quia et constitutus usus fructus morte interdicere solet.

L'usufrutto poteva concedersi *ex die*, almeno nel diritto più tardo, sia per legato sia per atto tra vivi ¹⁾. Ma il concederlo pel di della morte dell'usufruttuario era ed è un non senso alla stessa guisa che concedere la libertà pel *dies mortis* dello schiavo.

Per tale evidente contraddizione in termini, la nullità è dichiarata tanto in un caso di disposizione di ultima volontà ²⁾, quanto in uno di atto tra vivi, come afferma Paolo nel secondo fr. E la ragione non può esser che identica: la incongruenza di chi costituisce l'usufrutto per un termine in cui questo non può che finire, dimostra la contraria volontà di costituirlo, sia che si tratti di legato sia che si tratti di stipulazione.

Lo Scheurl ³⁾ anche qui trova un argomento in favor della tesi dell'annullamento della disposizione per effetto del termine, non propriamente impossibile, ma molto inopportuno (*unpassend*) o quasi impossibile, il quale fa sì che la volontà debba considerarsi non seria. La sua interpretazione concorda quindi con la nostra, nel ritenere che motivo della decisione adottata pel caso dell'usufrutto debba esser quello stesso che Giuliano adduceva per la *manumissio*; ma mentre

¹⁾ Cfr. l. 4 *D. de usu fructu* 7, 1; l. 16 § 2 *D. fam. ercisc.* 10, 2; l. 1 § 3 e 4 *D. quando dies usus fr.* 7, 3; l. 1 § 2 *D. quibus modis usus fructus* 7, 4; l. 2 e 3 *D. quando dies legat.* 36, 2; c. 5 e 12 *de usu fructu* 3, 33. Cfr. in proposito SCHULIN, *Resolutionsbedingung*, p. 202-207. Dubbio era nel diritto classico se esso potesse essere così costituito con altre forme, come la *in iure cessio*, l'*adiudicatio*, la *mancipatio*, cfr. Fr. Vat. § 49, 50. Sull'usufrutto costituito con *dies ad quem* v. Fr. Vat. § 48, 50, 52; l. 16 § 2 cit.; l. 6 *D. de usu et usu fructu* 33, 2; l. 15 *D. quibus modis usus fr.* 7, 4.

²⁾ Cfr. anche la l. 79 § 3 *D. de cond.* 35, 1: *Papinianus libro primo definitionum*. Quamvis usus fructus, cum morietur legatarius, inutiliter legetur, tamen cautionis Mucianae remedium usui fructu quoque sub conditionem alicuius non faciendi legato locum habet. - La seconda parte del fr., che concede al legatario di ottenere subito il legato, se condizionale, mediante la *cautio Muciana*, è stranamente collegata colla prima parte: la mano dei compilatori non vi fu estranea.

³⁾ Op. cit. pag. 280-281.

noi in questi fr. vediamo soltanto una eccezione alla norma che i termini impossibili si hanno per non scritti, egli vi vede invece la conferma della regola dell'annullamento ¹⁾.



Alla dottrina del *dies impossibilis* il Savigny riferisce anche tutti i casi di stipulazione pel tempo *post mortem* del creditore o del debitore, nonchè quello del legato di dare *post mortem* dell'erede ²⁾.

Ma si tratta qui proprio di termine impossibile?

Che si possa parlare di impossibilità assoluta, è senz'altro da escludere: il dì dopo la morte, qualunque esso sia, è altrettanto certo nell'an quanto il *dies mortis* stesso. Si avrà dunque una impossibilità relativa? Indubbiamente, se la cosa promessa pel tempo dopo la morte del debitore è un atto del promittente, un *facere* di natura strettamente personale, il *dies* prescelto deve considerarsi siccome impossibile, alla stessa guisa di quel che s'è visto accadere pel *dies mortis* in una obbligazione di fare. Ma se l'obbietto non è un *facere*, e in ogni caso se il *dies post mortem* si riferisce allo stipulante, o si tratti di legato, non pare che di termine impossibile possa ragionarsi: ben altri sono i motivi che producono e giustificano nella dottrina romana la nullità o la validità di disposizioni e obbligazioni così conformate.

Il diritto classico riteneva inutile la stipulazione con cui taluno promettesse di dare o dopo la propria morte o dopo la morte del creditore. A tali stipulazioni parificava quelle fatte per la vigilia della morte del creditore o del debitore.

Gai III, 100. Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur 'post mortem meam dari spondes?' vel ita ('post mortem tuam dari spondes?'; valet autem, si quis ita dari stipuletur 'cum moriar dari spondes?' vel ita) 'cum morieris dari spondes?' id est ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut

¹⁾ Il GIRARD, *Manuel de dr. rom.* (2^e éd.), pag. 459, enuncia sia questo caso dell'usufrutto sia quello della stipulazione *cum morieris* d'un *facere* personale di cui nella l. 46, § 1 D. de V. O. 45, 1 come esempi di termini impossibili.

²⁾ *Sistema*, III, p. 286-287.

promissoris obligatio conferatur. nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. rursus ita stipulari non possumus 'pridie quam moriar', aut 'pridie quam morieris dari spondes?' quia non potest aliter intellegi 'pridie quam aliquis morietur', quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodammodo talis est 'heredi meo dari spondes?' quae sane inutilis est ¹⁾.

Il principio rigoroso del diritto romano che la stipulazione non avesse valore pei terzi, ma solo per le parti e pei loro eredi, portò i giureconsulti a considerar non valida la stipulazione '*heredi meo dari spondes?*' Valida quella fatta per sè e pel proprio erede, appariva invece fatta a favor del terzo la stipulazione pel solo erede, e perciò inutile ²⁾. A questa Gaio parifica le stipulazioni *post mortem meam* e *post mortem tuam*, *pridie quam moriar* e *pridie quam morieris*. Ma la ragione della nullità delle prime due è forse identica a quella delle ultime?

A primo aspetto sembrerebbe che Gaio non ne assegni alle varie formule che una sola: nulla la stipulatio *pridie quam moriar* o *morieris* perchè identica a quella *heredi meo*, l'argomento par che non possa essere se non il divieto di stipulare pel terzo, ossia quello stesso che porta alla nullità della *stipulatio post mortem meam* o *tuam*. Senonchè, considerata più dappresso e la natura di quelle stipulazioni e l'andamento del pensiero gaiano, è facile scorgere la diversità delle due formule e dei motivi che rendevano nulle siffatte obbligazioni.

La *stipulatio post mortem* è nulla - lo afferma esplicitamente

¹⁾ Cfr. GAI, *Ep.* II, §§ 7 e 8: « Praeterea inutilis est promissio, si aliquis rem sub tali conditione promittat, quae impleri pro rei difficultate non possit. Praeterea inutilis est interrogatio et promissio, si ita aliquis interroget debitorem: 'Post mortem meam, vel tuam, illud dari spondes?' Quod propterea inutile visum est, quia a persona heredis obligatio incipere non potest. Et ideo nec heredi creditoris sub hac sponsione obligatur debitor, nec debitoris heres creditori tenetur obnoxius ».

²⁾ Il PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, pag. 81-82, ritiene che tutti i testi relativi alle stipulazioni e in genere ai contratti a favore e a carico dei propri eredi non abbiano nulla che vedere con la teoria dei contratti a favore di terzi. La nullità della stipulazione per l'erede non discendeva già dal principio esposto, ma semplicemente dalla nullità della stipulazione stessa considerata nei rapporti tra stipulante e promittente. Sicchè la formula *MIHI ET heredi meo dare spondes?* sarebbe sorta siccome un espediente di cautela « immaginato nel diritto classico per attenuare gli effetti dell'antica regola ».

Gaio - perchè non può *ab heredis persona incipere obligationem*¹⁾. Concetto codesto che lo stesso Gaio ripete più oltre a proposito del mandato: III § 158. « *Item si quid post mortem meam faciendum (mihi) mandetur, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse* »²⁾).

Ma ben altro è il motivo che produce la nullità della *stipulatio pridie quam moriar o morieris*. Se infatti il termine è fissato *prima* della morte, non può a rigore affermarsi che la obbligazione abbia inizio dall'eredità, tuttochè la vigilia della morte non possa conoscersi se non quando la morte è seguita. Gli è invece questa speciale contraddizione nella volontà delle parti, che vogliono fissato il termine in un momento che non può dirsi venuto se non quando è già trascorso, la quale induce la nullità. Ora la *stipulatio pridie quam moriar* è una specie di stipulazione *praepostere concepta*³⁾ e questa è nulla per se stessa nè influisce sulla ragion del decidere per la sua nullità la particolarità del caso che si riscontra in quella concepita *pridie quam moriar*. Gli esempi comunemente citati: « *decem aureos mihi hodie dare spondes, si Tilius cras consul factus erit?* » - « *si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?* » dimostrano appunto come quel particolare motivo che vale per la *stipulatio post mortem* nulla abbia che vedere con la nullità della cosiddetta *praepostera stipulatio*. E ciò ha non poca importanza per colpire il pensiero di Giustiniano, che tutte codeste nullità volle toglier di mezzo in omaggio alla volontà delle parti.

Il ragionamento di Gaio verte su quattro diverse forme di stipulazione, di cui tre sono ugualmente inutili. Predomina in esso il concetto che la obbligazione non ha valore se non per i contraenti: nulla perciò la *stipulatio post mortem*, in quanto porterebbe a considerar

¹⁾ Nulla era anche quella compiuta dal figlio o dal servo pel tempo *post mortem patris vel domini*, perchè *patris vel domini voce loqui videtur*. Vedi § 13 *Inst.* III, 19; cfr. § 4 *ib.*: « *vox tua tamquam filii sit, sicut filii vox tamquam tua intellegitur in his rebus quae tibi adquiri possunt* ».

²⁾ Donde risulta, come dimostrò il VANGEROW, *Pand.* III § 608, pag. 291, che è erronea l'opinione sostenuta dallo SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts* III, p. 105-109, applicarsi cioè la regola *ab her. pers. obbl. inc. non posse* solo alla stipulazione: dal testo galano in cui si parla di *mandatum* e dalla locuzione *generaliter* si deve invece desumere ch'essa si applicasse anche ai *negotia bonae fidei*.

³⁾ HUSCHKE, *Studien des röm. Rechts*, I, pag. 285.

sorta la obbligazione soltanto nella persona dell'erede, è invece valida quella *cum moriar* o *morieris*, perocchè qui la obbligazione sorge in vita delle parti: il *dies mortis* appartiene al tempo della vita, di cui è l'ultimo momento. E qui doveva nascere legittimo il dubbio che tanto a maggior ragione fosse valida la stipulazione fatta pel tempo precedente alla morte. Ma il giureconsulto si affretta a dileguarlo: anche tale formula produce la nullità, non tuttavia per la stessa ragione addotta nel caso di *stipulatio post mortem*, ma perchè *morte secula in praeteritum reducitur stipulatio*. L'effetto è dunque che essa è come (*quodammodo*) una *stipulatio heredi meo*, la quale è notoriamente inutile¹⁾.

Se questa è la sostanziale differenza che passa tra la stipulazione *pridie quam moriar* e quella *post mortem*, rimangono tuttavia identiche le stipulazioni *post mortem* e *heredi meo*, sia che la nullità dipenda dal divieto di stipulare pel terzo, come universalmente si ritiene, sia che derivi da nullità originaria ed iniziale tra le stesse parti contraenti, indipendentemente cioè dal concetto del contratto a favore del terzo, siccome ritiene il Pacchioni²⁾.

Contro il principio della nullità sta un famoso fr. di Ulpiano:

l. 45 § 2 *Dig. de V. O.* 45, l. *Ulpianus libro quinquagesimo ad Sabinum*. Si ita quis stipulatus sit: 'post mortem meam filiae meae dari?' vel ita: 'post mortem filiae meae mihi dari?', utiliter erit stipulatus: sed primo casu filiae utilis actio competit, licet heres ei non existat.

I due casi che il giureconsulto prospetta sono nettamente diversi. V'ha una prima *stipulatio*: *post mortem meam filiae meae*; ve n'ha una seconda: *post mortem filiae meae mihi*. E che quest'ultima sia pienamente valida, non può revocarsi in dubbio: la morte del terzo è dedotta in tale stipulazione come un puro e semplice termine, che ne differisce la esecuzione, nè ha alcuna attinenza coi motivi di nullità della stipulazione contratta *post mortem* del promittente o dello stipulante. Ma come potrebbe, nel diritto classico, esser valida anche la prima stipulazione?

¹⁾ Le stesse decisioni devono applicarsi anche alla *capitis deminutio* come dichiara Gaio nel seg. § 101.

²⁾ Op. cit. l. cit.

Il sospetto che la mano dei compilatori (pei quali, come si vedrà in seguito, una tale stipulazione era divenuta valida) abbia profondamente modificato il testo, sorse già nel Fabro¹⁾, che attribuì a Triboniano la concessione dell'*actio utilis*, e fu accolto dallo Czyhlarz²⁾, dal Lenel³⁾, dal Pacchioni⁴⁾ e da altri, che ritennero malamente abbreviato il fr. e sopresse le parole *mihi et* innanzi al *post mortem meam*. La formula scritta da Ulpiano, si dice, dovè essere: *Mihi et post mortem meam filiae meae dari?*, formula che per un giurista classico era pienamente valida⁵⁾, anzi l'unica possibile onde ovviare alla nullità della stipulazione *heredi meo*. Il Pacchioni anzi è andato anche più in là e, in base al fr. 45 *Dig. soluto matrim.* 24, 3⁶⁾, ha ritenuto 'secondo ogni verosimiglianza' interpolato tutto l'inciso *sed primo casu .. existat*.

Ora, io convengo pienamente in codesta seconda congettura, che parmi debba essere accolta senza esitazione, se si tenga conto, oltre che delle ragioni sostanziali di cui si dirà tra breve, anche della lingua, indubbiamente giustiniana. Ma non posso convenire nel sospetto di una soppressione altrettanto inutile quanto irragionevole, mentre a spiegare il testo occorre allargare il sospetto sulla parte che devesi ritenere interpolatizia.

Io mi domando innanzi tutto: quale bisogno v'era per i compilatori, se Ulpiano avesse veramente scritto *mihi et post mortem meam et rel.*, di sopprimere il *mihi et*, quando, e la prima, e la seconda stipulazione eran dichiarate utili nel diritto classico e rimanevan tali anche nel nuovo diritto? Forse quello di coordinare il fr. ulpiano con la c. un. 4, 11, che dichiarò valida la stipulazione *heredi meo*?⁷⁾ Ma

¹⁾ *Contect.* XIX, pag. 348.

²⁾ *Das römische Dotatrecht*, pag. 442. nota 7.

³⁾ *Palting.* Ulp. 2976.

⁴⁾ *Op. cit.* pag. 83, nota 1.

⁵⁾ Cfr. la l. 38 § 14 *D. de V. O.* 45, 1 di Ulpiano: «*Suae personae adiungere quis heredis personam potest.*» - Il fr. 23 *D. de pactis dot.* 21, 4 di Africano presenta un caso diversamente conformato, nella stipulazione: *mihi aut post mortem meam Lucio Titio dari spondes?* La stipulatio qui è valida per lo stipulante e pel suo erede, mentre il Lucius Titius devesi considerare quale un *adiectus solutionis causa*.

⁶⁾ Una larga e sottile critica di questo testo può leggersi in PACCHIONI, *op. cit.* pag. 42 sgg.

⁷⁾ Vedi oltre pag. 53.

i due casi erano diversi, nè lasciando il fr. così come Ulpiano lo aveva scritto, potevano i compilatori temere alcun pericolo di sconcordanza tra il vecchio e il nuovo diritto, il quale non fece altro che ampliare i casi di validità di cosiffatte stipulazioni, ammettendo quindi la validità di tutti quelli che il diritto classico permetteva.

Ma v'ha di più. Il Vangerow¹⁾ muovendo dal fr. 137 § 8 *Dig. de V. O.* 45, 1^a) (in cui egli ravvisa contenuta questa distinzione pel diritto classico, che cioè in una stipulazione di *dare* la obbligazione passa necessariamente a tutti gli eredi, mentre in quella di *facere* il passaggio agli eredi non si avvera se non in quanto la obbligazione sia stata costituita con questo effetto), osserva che pel diritto giustiniano non è già che gli eredi subentrino in una *obligatio* del defunto, ma è piuttosto la *obligatio* stessa la quale nasce direttamente nella persona degli eredi: sicchè se il defunto siasi fatto promettere non per sè, ma per *uno solo* dei suoi eredi, solo questo acquista l'azione; mentre se siasi fatto promettere *per sè e per uno* degli eredi, l'acquistano tutti gli eredi, cessando in un caso e nell'altro la cennata distinzione tra il *dare* e il *facere*²⁾; ma nel caso di stipulazione *per sè* e per l'erede il principio che la *obligatio* nasce direttamente nella persona dell'erede cessa, dovendosi ragionevolmente ritenerla nata e costituita nella persona dello stipulante.

Gli argomenti che da ciò possono trarsi rappresentano evidentemente un non lieve ostacolo a considerar senz'altro soppressa dai compilatori le parole in questione. E il Pacchioni³⁾ accortamente lo rileva: come avrebbero potuto i compilatori toglier via il *mihi et*, se così notevole ne era la importanza, e così diversa la costruzione dell'azione a favor dell'erede nella duplice ipotesi che la *stipulatio* presentasse o pur no la menzione dello stipulante? Egli ritiene quindi inaccettabile la distinzione proposta dal Vangerow, e conclude che la *stipu-*

¹⁾ *Pand.* III, § 608, pag. 293-292.

²⁾ *Venuleius libro primo stipulationum.* Praeterea sciendum est, quod dari stipulemur, non posse nos uni ex heredibus (acquiri), sed necesse esse omnibus acquiri: at cum quid fieri stipulemur, etiam unius personam recte comprehendendi.

³⁾ Vedi contra il БУЧКА, *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*, pag. 79 sgg., che sostiene acquistarsi in ogni ipotesi solo dall'erede nominato l'azione.

⁴⁾ Op. cit. I. cit.

latio sibi et heredi suo e quella *heredi suo* o *post mortem* non presentano differenza di sorta tra loro.

La dottrina del Vangerow non porta però ad alcuna sostanziale distinzione tra caso e caso: essa dà soltanto una diversa costruzione all'azione che nasce da quelle due forme di *stipulationes*, e in questi limiti non credo si possa, fondatamente, respingerla. Non è qui il luogo a darne la dimostrazione: basti per l'argomento nostro fermar questo solo risultato: che in realtà la soppressione del *mihi et* non poteva per le ragioni suddette operarsi tanto leggermente dai compilatori, quanto s'è creduto fin qui.

Più logico invece mi sembra il supporre che i due casi formulati da Ulpiano sieno rimasti liberi da alcun guasto, e che piuttosto la mano di Triboniano debba riconoscersi oltre che nell'ultimo inciso, anche in quell'*utiliter* che se si accorda colla seconda formula, è assolutamente inapplicabile alla prima. Ulpiano aveva dinanzi a sé due casi che si corrispondevano perfettamente, ma in senso inverso; e la sua risposta non poteva esser dubbia: *inutilis* la prima stipulazione, doveva essere affatto valida la seconda. I compilatori abbreviarono tutto il testo, e poichè ormai tra le due stipulazioni non eravi più alcun divario, soppressero la prima decisione, e diedero per ambedue quella che il giureconsulto aveva dato soltanto per la seconda. L'*utiliter erit stipulatus* potrebbe dunque, in questo senso, appartenere anche ad Ulpiano, che l'aveva riferito alla seconda stipulazione, se non si voglia ritenere interpolato tutto il passo: *utiliter... existat*.

L'aggiunta *sed primo casu et rel.* fu forse provocata dal dubbio che la figlia potesse supporre non considerata come erede: ma l'*actio utilis*¹⁾ che Giustiniano le accorda mal si concilia con la innovazione da lui compiuta, data la forma concessiva (*licet*) con cui il dubbio è proposto.

¹⁾ Un' analoga concessione di *actio utilis* per opera di Giustiniano può riscontrarsi nella l. 45 *D. soluto matrim.* 24, 5 di Paolo e nella c. 7 *de pactis conventis* 5, 14 di Diocleziano e Massimiano. La interpolazione della parte contenente la menzione dell'*actio utilis* fu già segnalata dal Fabro, che attribuisce a Triboniano tutto il passo « *Videtur. Sed dicendum est... decurrendum est* » del fr. di Paolo (*Connect.* l. XIII, p. 465 e l. XIX, pag. 847; cfr. DE MEDIO, *I tribonianismi avvertiti da A. Fabro* in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* XIII, 1900, pag. 230; cfr. ancora PACCHIONI, op. cit. pag. 43) e la frase *tamen utilis... actio* della costituzione (*Iurispr. pap. sc.* IX, 7, 6, pag. 325; cfr. DE MEDIO, *Di nuovo sui Tribonianismi avvertiti da A. Fabro*, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* XIV, 1901, pag. 276 e segg.).

E del resto lo stesso *sed*, chiaramente avversativo, è indice sicuro d'un guasto assai più profondo di quello avvertito dai precedenti scrittori: se l'una e l'altra stipulazione, stando all'attuale lettura del fr., erano valide, il *sed* avrebbe dovuto ragionevolmente introdurre piuttosto una limitazione alla dichiarata validità: esso è invece in manifesta contraddizione con quanto è contenuto nella proposizione che lo completa!

Per ovviare alla nullità della *stipulatio post mortem stipulantis* o *promittentis*, il diritto classico escogitò vari rimedii: l'*adstipulatio*¹⁾, la stipulazione a favor proprio e dell'erede cumulativamente (*mihi et heredi meo dari spondes?*), e forse anche, secondo la supposizione del Girard²⁾, quello di stipular pel tempo della morte.

La *stipulatio cum moriar* o *cum morieris* sarebbe quindi sorta, stando a siffatta congettura, come un espediente contro la nullità della stipulazione *pridie quam moriar* o *post mortem*. Espediente, si aggiunge, che del resto è assai criticabile dal punto di vista logico, perocchè alla stipulazione *cum moriar* avrebbero dovuto applicarsi le stesse considerazioni che a quella *pridie quam moriar*.

Se davvero quella accennata sia la origine della *stipulatio cum moriar*, è dubbio³⁾, nè io v'insisterò. Ma non è senz'altro da respingersi la cennata identità logica delle due formule. Per accertare infatti il momento della morte (*cum moriar*) occorre aspettare che la morte sia seguita. Non è dunque quel termine un *dies praeposterus* simile alla vigilia della morte (*pridie quam moriar*)? A rigore, dunque, la logica avrebbe dovuto condurre ad un trattamento analogo nell'uno e nell'altro caso: tuttavia i Romani considerarono le due formule come diverse, seguendo in ciò, come sempre, il senso pratico: praticamente

¹⁾ GAI, III, § 117: « Sponsores quidem et fide promissores saepe solemus accipere, dum curamus ut diligentius nobis cautum sit; adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur. . . . stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi [meo] tenetur ». Cfr. il § 119 seg.

²⁾ Op. cit. pag. 439.

³⁾ Il GIRARD non dà alcuna dimostrazione per confermare la sua congettura: adduce soltanto il § 100 di Gaio, ove la *stipulatio cum moriar* è semplicemente rammentata, tra quella *post mortem* e quella *pridie quam moriar*. Ben diversa è invece la prova che s'ha per l'*adstipulatio*, nello stesso Gaio § 117 cit.

il *dies mortis* può colpirsi nel momento stesso in cui viene, il che è affatto escluso pel *dies* anteriore alla morte.

Tutte codeste proibizioni andarono poco per volta cadendo, sino a scomparire del tutto con Giustiniano.

Il primo colpo fu portato da una *constitutio* dell'imperatore Leone (rammentata da Giustiniano nel Codice e nelle Istituzioni), con la quale fu dato pieno valore alla *stipulatio praepostere concepta* in una convenzione dotale. Da questa prese Giustiniano le mosse per dichiarare valide in ogni altro caso siffatte stipulazioni ¹⁾, con la famosa costituzione del 528:

C. 25 de testam. quemadm. 6, 23. *Menae pp.* Praeposteri reprehensionem, quam novella constitutio (sc. divi Leonis) in dotalibus instrumentis sustulisse noscitur, in aliis quoque omnibus tam contractibus quam testamentis tollimus, ut tali exceptione cessante et stipulatio et alii contractus et testatoris voluntas indubitate valeat, exactione videlicet post conditionem vel diem competente.

Effetto di tale convalidazione si fu che nella vera e propria stipulazione prepostera il termine, da cui sorge la contraddizione, si doveva considerar come non scritto: cadde dunque nella *stipulatio*: « *decem aureos mihi hodie dare spondes, si Titius cras consul factus erit?* » — « *Si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?* » l'*hodie* che fissando il termine per la esecuzione della obbligazione prima dell'avverarsi della *condicio*, rendeva nulla la obbligazione stessa; ma non cadde la *condicio*, al cui verificarsi fu subordinata la esistenza del negozio.

Lo stesso effetto non potevasi naturalmente produrre per l'altra specie di stipulazione prepostera, che si ha nel *pridie quam moriar*: se ne produceva tuttavia uno analogo, in quanto il termine fissato prima della morte vien considerato compatibile con la dichiarazione di volontà, e trasformato in un altro termine, che coincide col momento in cui è possibile constatare che la morte è seguita e che il *pridie* è quindi venuto.

¹⁾ La *stipulatio praepostera* non può considerarsi come una stipulazione sotto condizione impossibile. Se così fosse, essa rappresenterebbe nel diritto giustiniano che la rese valida, una specie di eccezione alla regola che sancisce la nullità degli atti tra vivi condizionati ad un evento impossibile. Cfr. GIRARD, op. cit. pag. 462, n. 1.

In tal guisa si spiegano, s'io non m'inganno, le parole: *exactione videlicet post condicionem vel diem competente*.

Ma se con la c. 25 si avviava alla nullità del *pridie quam moriar*, restavano tuttavia nulle ancora tutte le altre obbligazioni concepite pel tempo *post mortem*. L'imperatore, cumulando le une e le altre insieme, diede a tutte efficacia con un'unica costituzione:

C. 11 *de contr. et comm stip.* 8, 37 (38). *Menae pp.* *Scrupulosam inquisitionem, utrum post mortem an cum morietur ve pridie quam morietur stipulatus sit aliquis vel in testamento legati vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes omnia, quae vel in quocumque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi post mortem vel pridie quam morietur scripta esse noscuntur, nihilo minus pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus.*

Bisogna confessare che non è punto agevole colpire il concetto che guidava l'imperatore ad accomunare modalità tanto diverse tra loro. Se la c. 25 poteva portare alla validità della *stipulatio pridie quam moriar*, non era peranco caduto il principio: *ab heredis persona obligatio incipere non potest*, da cui derivava la nullità della *stipulatio post mortem*, perocchè la costituzione che lo aboliva fu emanata soltanto nel 531. Solo dunque l'apparente affinità pei caratteri esterni poté indurre Giustiniano a riunirle insieme, aggiungendovi persino la menzione della *stipulatio cum moriar*, quasi che nel diritto anteriore non se ne fosse oramai concordemente riconosciuta la validità! Cosicchè dichiarata valida - forse dapprima per sola vaghezza di sistematizzare - la *stipulatio post mortem*, convenne coordinare il resto ed affrettarsi a toglier via il principio che nel diritto classico aveva provocato la nullità di quelle stipulazioni, dichiarando valida anche quella fatta per l'erede soltanto:

C. un. *ut act. et ab herede* 4, 11. *Iohanni pp.* *Cum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus, consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more umano emendare. Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant con-*

templatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. Sed nobis *necesse est, ne prioris viti materiam relinquamus*, et ipsam regulam e medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur.

Completata così la riforma¹⁾, la nuova dottrina fu trasportata integralmente nelle Istituzioni, nelle quali le fu dato più sistematico assetto: l'imperatore vi menziona innanzi tutto la *stipulatio post mortem*, poi quella *pridie quam moriar*, che richiama la prepostera: chiude colle stipulazioni *cum moriar* o *morieris* e *post mortem Titii*, che anche pel diritto classico eran valide:

§ 13 — 16 I. *de inut. stip.* III, 19. — § 13. Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post eius mortem a quo stipulabatur. Ac ne is, qui in alicuius potestate est, post mortem eius stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur. Sed et si quis ita stipuletur, '*pridie quam moriar*' vel '*pridie quam morieris dari?*' inutilis erat stipulatio. Sed cum, ut iam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc iuris articulum necessariam inducere

¹⁾ Il PACCHIONI, op. cit. pag. 82-83, concordemente alla propria opinione, che cioè tutti i testi fin qui menzionati non hanno alcuna attinenza con la teoria dei contratti a favor di terzi, osserva che con quella costituzione « Giustiniano non volle introdurre alcuna radicale innovazione, ma dichiarare soltanto, per principio, valide per lo stipulante le stipulazioni da lui concluse a favore dei suoi eredi, senza l'espedito cautelare sopra accennato (cioè la stipulazione *mihi et heredi meo*). L' *incipere actiones* di cui egli parla va quindi inteso relativamente agli effetti, non relativamente al sorgere della obbligazione. La *voluntas contrahentium* che Giustiniano vuol tutelare non è la volontà dei medesimi di attribuire diritti agli eredi dello stipulante considerati come terzi, ma la volontà di far sorgere una valida obbligazione pel patrimonio dello stipulante, malgrado la difficoltà opposta dalla *conceptio verborum* che esclude da parte dello stipulante la volontà e la possibilità di far valere l'obbligazione personalmente ». Analogamente il MAYNZ, *Cours de dr. rom.* 4^a éd. II, pag. 189, n. 15, che nelle precedenti edizioni aveva espresso diverso avviso, afferma che la nostra const. non ha già il senso che non si possa contrattare validamente a favore o a carico del proprio erede senza che da questa convenzione risulti una obbligazione a carico o a favor proprio. La costituzione, nelle sue alquanto oscure espressioni, vuol significar semplicemente che è permesso di stipulare che la esecuzione della obbligazione non sia richiesta durante la vita delle parti contraenti.

emendationem, ut, sive post mortem sive pridie quam morietur stipulator sive promissor stipulatio concepta est, valeat stipulatio. § 14. Item si quis ita stipulatus erat: 'Si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?' inutilis erat stipulatio, quia praepostere concepta est. Sed cum Leo inclitae recordationis in dotibus eandem stipulationem, quae praepostera nuncupatur, non esse reiiciendam existimavit, nobis placuit et huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat huiusmodi conceptio stipulationis. § 15. Ita autem concepta stipulatio, veluti si Titius dicat 'cum moriar, dare spondes?' vel 'cum morieris', et apud veteres utilis erat et nunc valet. § 16. Item post mortem alterius recte stipulamur¹⁾

Il Ferrini²⁾ attribuisce il § 13 e forse anche la prima parte del § 14, alle Istituzioni di Fiorentino; tutto il resto ai compilatori, rimanendo sol dubbio a chi appartenga il § 16 che per la sua brevità non presenta alcun indizio sicuro.

Ora, tornando là donde abbiamo preso le mosse, dal fin qui detto risulta come tutti codesti casi di stipulazione *post mortem* non abbiano alcuna attinenza colla dottrina del *dies impossibilis*. Qui non si tratta di un termine impossibile, che come tale rende nulla la stipulazione, ma piuttosto del divieto di contrarre una obbligazione che debba aver effetto soltanto dal proprio erede, per una particolare disposizione del diritto positivo. Sicchè, quando il diritto nuovo dichiara valide siffatte obbligazioni, non è già il termine che da impossibile si trasforma in possibile, ma è il divieto positivo che cade, è la norma *ab heredis persona incipere obligationes posse* che si sostituisce alla norma contraria del diritto anteriore.



Più esatto sarebbe parlare di termine illecito, come già fece il Girard³⁾ il quale enumerando i requisiti del termine, osserva che il *dies* oltre all'esser certo e futuro, dev'essere anche possibile e *lecito*,

¹⁾ Cfr. *Theoph.* III, 19, § 12-15.

²⁾ *Sulle fonti delle « Istituzioni » di Giustintano* in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* XIII (1900), pag. 177.

³⁾ *Manuel*, pag. 450.

perchè l'obbligazione sarebbe nulla se fosse contratta per un tempo in cui la natura o la legge ne impediscano la esecuzione; ed adduce come esempio della impossibilità la stipulazione dell'usufrutto pel *dies mortis* dell'usufruttuario o la promessa d'una prestazione personale pel *dies mortis* del debitore, come esempio della illiceità tanto la *stipulatio post mortem* quanto quella *pridie quam moriar* o *moreris*.

Ma per termine illecito vuolsi intendere quello che contravviene ad una determinata disposizione di legge¹⁾, ossia un termine illegale, non un termine moralmente illecito. Di termini immorali non è possibile ragionare, non già perchè, come scrive il Savigny²⁾, « la immoralità presuppone atti liberi, i quali prima del loro compiersi sono sempre incerti, mentre che il vero termine può fondarsi soltanto sopra avvenimenti certi », ma piuttosto perchè la immoralità presuppone un atto qualsiasi e il termine non è che una semplice determinazione di tempo, la quale *per se stessa* non può essere nè morale nè immorale.

Se infatti il termine apposto al negozio giuridico si riferisce al momento in cui un atto illecito o immorale sarà compiuto, non è già il termine che è immorale, bensì l'atto: ma tra l'atto immorale e il termine non v'ha altro nesso all'infuori di quello del tempo. Così accade nel caso di chi stipuli pel giorno in cui sarà commesso un parricidio. Il termine non è nè morale nè immorale.

Quando invece l'atto illecito o immorale, a cui si son le parti riferite per fissare il termine, dipenda dalle parti stesse, allora non più di termine può parlarsi, ma bensì di condizione, ed è in questa che la immoralità risiede. Trattasi insomma di una condizione che si nasconde sotto l'apparenza d'un termine, sol perchè le parti invece

¹⁾ Lo SCIALOJA nel cit. scritto *Sulle condizioni impossibili nei testamenti* pone a proposito delle condizioni molto nettamente la differenza tra la impossibilità *fisica*, la *giuridica* e la *morale*, distinguendo nella impossibilità giuridica la *vera impossibilità giuridica*, che è equiparata alla impossibilità fisica, dalla *illegalità* che consiste in una contravvenzione ad un ordine della legge. Da quest'ultima si differenzia la illiceità morale, ossia la immoralità o turpitudine. Classificate quindi più esattamente, le condizioni possono essere *impossibili fisicamente* e *giuridicamente*, *illegali* (cioè illecite legalmente), *immorali* (illecite moralmente). Cfr. l. cit. pag. 31 segg.

²⁾ *Sistema*, III, pag. 288.

di riferirsi all'*an*, cioè all'avverarsi o meno del fatto dedotto in condizione, si son riferiti al *quando*, ossia al momento in cui il fatto immorale potrà avverarsi. Nella stipulazione: 'ti darò cento *nel giorno* in cui avrai ucciso Tizio', il termine è soltanto apparente o quanto meno subordinato: ciò che si deduce è una *condicio*, che è immorale. Il termine si trasforma in tutti questi casi in una condizione.

Nè parimenti può parlarsi di immoralità del termine sol perchè questo sia aggiunto ad un negozio giuridico, che non ne ammette alcuno per ragioni di moralità. La immoralità dell'atto o del negozio giuridico, in quanto ad esso sia aggiunto un termine, si risolve sempre in una inappponibilità del *dies* a quell'atto o a quel negozio. A questo concetto appunto si accosta lo Scheurl¹⁾, il quale in una promessa di contrarre matrimonio per un determinato numero di anni riscontra un caso di termine immorale; ma la nullità del termine fa coincidere con la inappponibilità di qualsiasi termine al negozio in parola.



Alle stesse conclusioni è d'uopo pervenire per tutti i casi di legato lasciato pel tempo dopo la morte dell'erede o del legatario, o per la vigilia della morte, sebbene le ragioni che nel diritto classico ne producevano la nullità sieno affatto diverse da quelle della stipulazione.

I casi in cui la morte può esser presa siccome termine per l'attribuzione del legato sono qui anche più numerosi; e le fonti ne rammentano varie formule: 1) *cum heres morietur*, 2) *cum Tilius morietur*, 3) *cum ipse legatarius morietur*, 4) *post mortem heredis*, 5) *post mortem legatarii*, 6) *pridie quam heres morietur*.

Sui due primi però è affatto inutile soffermarsi. Il *dies mortis* dell'erede o d'un terzo, apposto al legato, fu sempre pienamente valido nel diritto romano²⁾, non tuttavia come puro e semplice termine, ma

¹⁾ *Nebenbestimmungen*. pag. 289.

²⁾ V. *Gai*, II, § 232, *Ulp. fr.* XXIV, 16, *Paul. Sent.* III, 6, 5-6 ed altri fr. riportati più oltre nel testo.

come condizione¹⁾, in applicazione della notissima regola: *Dies incertus condicionem in testamento facit*²⁾.

Similmente non va preso in esame il *dies cum ipse legatarius morietur*, il quale è anch'esso pienamente valido, ma diversamente dai due precedenti ha efficacia di vero e proprio termine, differisce soltanto cioè l'acquisto del legato, non lo rende condizionato³⁾; e ciò perchè intendendosi il *dies mortis* del legatario come l'ultimo istante della sua vita, è affatto certo ch'egli sarà in vita quando verrà il

¹⁾ Il *dies mortis*, esempio tipico del *dies incertus* (quando, certus an), produceva gli effetti di una condicio, perchè un tal *dies* impediva la trasmissibilità del legato: pel legato lasciato cum *heres morietur* si riscontrino le ll. 12 § 1 *D. de legatis* II (31): « Quod ita legatum est: heres, cum morietur, Lucio Titio dato decem, cum incerta die legatum est, ad heredes legatari non pertinet, si vivo herede decesserit »; 1 *D. de cond. et dem.* 35, 1; 79 § 1 *D. eod.*; 4 pr. *D. quando dies legat.* 36, 2; per quello lasciato cum *Titius morietur* la l. 40 § 2 *D. de cond. et dem.* 35, 1. La l. 104 § 6 *D. de legatis* I (30) si riferisce alla istituzione d'erede, cui è stato apposto il termine cum *heres morietur*.

²⁾ È questa la famosa legge di Papiniano 75 *D. de cond. et dem.* 35, 1, interpretata anticamente nel senso che il *dies incertus*, a cui si dà efficacia di condizione, sia solo il *dies incertus quando* (il *dies mortis*). La nuova dottrina ha però affermato che la legge papiniana non rappresenta alcuna eccezione alla regola generale che il *dies incertus* (an) forma condizione tanto negli atti tra vivi quanto in quelli a causa di morte: l'espressione usata in essa deve intendersi come *dies incertus an*, avendo i Romani chiamato sempre *dies incertus* ogni condizione (FERRINI, *Teoria generale dei legati*, pag. 326; BRINZ, *Pand.* 2^a ed. III § 427 pag. 407) o come comprendente tanto il *dies incertus an* quanto il *dies incertus quando* (DERNBURG, *Pand.* 3^a ed. III § 107, pag. 214). Alla dottrina antica, e principalmente per contrastare la nuova teoria sostenuta dal BOISTEL, *Du dies incertus et des effets dans les dispositions testamentaires* in *Revue générale du droit* 1885, è tornato il BRUNETTI, *Il dies incertus nelle disposizioni testamentarie*. Su questa monografia cfr. tra gli altri SEGRÉ, *Gli effetti del dies incertus quando nelle disposizioni di ultima volontà* in *Riv. it. per le scienze giur.* XVIII, 1895, e le critiche ivi contenute. V. FERRINI, *Dies inc. ubi legati* in *Ant. giur.* 1894, p. 179 e segg. e *Rend. I. L.* 1894, p. 782 e segg.

³⁾ Cfr. la l. 4 *D. quando dies legat.* 36, 2: « Ulpianus libro nono decimo ad Sabtinum. Si 'cum heres morietur' legetur, condicional legatum est: denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. Si vero 'cum ipse legatarius morietur' legetur ei, certum est legatum ad heredem transmitti », e la l. 79 pr. *D. de cond.* 35, 1: « Papinianus libro primo definitionum. 'Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato'. Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur: non potest enim condicio non existere ». Il legato è chiamato puro non nel senso assoluto che questo termine ha nel linguaggio giuridico, ma in quanto non è condizionato. Si noti ancor qui un altro esempio di *dies* (il cum ipse legatarius morietur è un *dies incertus quando*, ma certus nell'an) chiamato condicio.

momento a cui il testatore ha voluto differire l'acquisto del legato, certezza che per contrario manca nel legato *cum heres morietur*, potendo l'onorato morir prima dell'erede gravato, e che costituisce appunto la causa della condizionalità.

Il *dies post mortem heredis* rendeva, nel diritto classico, affatto nullo il legato. Il fondamentale carattere del legato è infatti quello d'essere un onere imposto all'erede: ora tale esso non è più quando il legato sia differito al tempo dopo la morte dell'erede, perchè l'onere viene in tal guisa imposto all'erede dell'erede. Il che Ulpiano esprime con le parole: *ne ab heredis herede legari videatur*¹⁾.

Ulp. fr. XXIV, 16. Post mortem heredis legari non potest, ne ab heredis herede legari videatur, quod iuris civilis ratio non patitur. (In) mortis autem heredis tempus legari potest, velut 'cum heres morietur'.

Paul. sent. III, 6, § 5-6. Post mortem heredis legari non potest, quia nihil ab herede heredis relinqui potest. In mortis tempus tam suae quam heredis eius legata conferri possunt, hoc modo: 'Lucio Titio', cum (heres) morietur, do lego' aut 'heres meus dare danna esto'.

Gai II § 232. Post mortem quoque heredis inutiliter legatur, id est hoc modo: 'cum heres meus mortuus erit, do lego' aut 'dato'.

Un tal modo di disporre era invece valido nei fedecommessi:

Ulp. fr. XXV, 8. Fideicommissum et ante heredis institutionem, et post mortem heredis, et codicillis etiam non confirmatis testamento dari potest, licet (ita) legari non possit.

Gai II § 277. Item quamvis non (possimus) post mortem eius, qui nobis heres extiterit, alium in locum eius heredem instituere, tamen possumus eum rogare, ut, cum morietur, alii eam hereditatem totam vel ex parte restituat; et quia post mortem quoque heredis fideicommissum dari potest, idem efficere possumus et si ita scripserimus: 'cum Titius heres meus mortuus erit, volo hereditatem meam ad Publium Mevium pertinere': utroque

¹⁾ Vedi su questo principio tra gli altri DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain*, 3^e ed. (Paris, 1876), I, pag. 835-836; FRESQUET, *Traité élémentaire de droit romain*, I, pag. 442; HUSCHKE, *Studien des röm. Rechts*, I, pag. 281 sgg.

autem modo, tam hoc quam illo, Titius heredem suum obligatum relinquit de fideicommisso restituendo ¹⁾.

Ed è forse questa la ragione per la quale nelle fonti si trova più spesso apposto al fedecommeso il *dies post mortem heredis*, mentre nei legati è più frequente il *cum heres morietur*. La validità di quello nei fedecommissi, la invalidità che produceva dei legati, dovè praticamente allontanare i testatori dall'adoperare una formula che come il *post mortem heredis*, rendeva nullo il legato ²⁾.

Secondo quanto s'è più sopra osservato a proposito della *stipulatio post mortem* e *pridie quam moriar* o *moriaris*, si debbono logicamente, *mutatis mutandis*, al legato *pridie quam heres morietur* ³⁾ applicare gli stessi motivi di nullità che determinarono la inutilità del legato *post mortem heredis*. Senonchè qui le parole di Gaio ci fan nascere non pochi dubbi sulla ragionevolezza di una siffatta parificazione.

Gaio, nel § or ora riportato, dopo aver parlato del legato *post mortem heredis*, passa al legato pel dì della morte dell'erede, che dichiara valido, e finalmente a quello *pridie quam heres morietur*: come il primo anche questo è per lui nullo, ma la ragione di codesta nullità non gli sembra punto soddisfacente:

II § 232 Ita autem recte legatur: 'cum heres morietur' quia non post mortem heredis relinquitur, sed ultimo vitae eius tempore. Rursum ita non potest legari: 'pridie quam heres meus morietur': QUOD NON PRETIOSA RATIONE RECEPTUM VIDETUR.

Non è questa la sola occasione in cui Gaio con tutta franchezza confessa di non sapersi render conto d'una regola di diritto posi-

¹⁾ Sulla *datio tutoris facta post mortem heredis*, si confronti Gai II § 234: « Tutor vero an post mortem heredis dari possit, quaerentibus eadem forsitan potuerit esse quaestio, quae de (eo) agitur, qui ante heredum institutionem datur ».

²⁾ L'osservazione non è mia, ma del BRUNETTI, op. cit. pag. 28, nota 7. Con essa tuttavia non intendo ammettere sen'altro la congettura proposta dal Girard pel *dies post mortem heredis* nella *stipulatio* (vedi retro, pag. 51), ma constatare soltanto come sien rari nelle fonti i casi di legati così costituiti.

³⁾ Il *pridie quam heres morietur* era invece valido nei fideicommissi: *Paul. Sent.* IV, I, § 11: « Filio quibuscumque verbis a patre fideicommissum relictum iure debetur: sufficit enim inter coniunctas personas quibuscumque verbis, ut in donatione, voluntas expressa. Et ideo etiam pridie quam morietur, recte relictum videtur ».

tivo. È nota la sua franca dichiarazione relativamente a quella che dichiara doversi considerar non scritte le condizioni impossibili negli atti a causa di morte ¹⁾).

L' Huschke ²⁾ spiega la cosa, supponendo che il giureconsulto nel § 100 esponesse la *ratio* comunemente adottata, senza soffermarsi a discuterne il valore, mentre nel § 232 esprimesse la sua propria opinione.

La *stipulatio pridie quam moriar*, fissando la esecuzione in un momento che è già trascorso quando alle parti è dato accertare qual fu il termine prescelto, diventa una specie di *stipulatio praepostera* che per ciò stesso è nulla: senonchè Gaio dovè pensare (opina l'Huschke) non esser vero che *si mors secuta sit, pridie quam aliquis morietur intellegi possit*; questa coscienza doveva aversi anche *si mors sequatur*. Ed un tal dubbio fu quello che - a suo dire - gli fece in altra occasione trovare insufficiente la ragione della nullità.

Tutto ciò è sottile e anche - se si vuole - molto ingegnoso, ma non soddisfa.

Vi osta, tra l'altro, principalmente la considerazione che Gaio, nella stessa opera (e in un' opera di scuola) in due libri successivi, esponesse una volta la dottrina comune, l'altra i propri dubbi sulla ragionevolezza della stessa decisione senza pur dirne le ragioni!

Ed è egli lecito dubitare che Gaio, il quale nel passo relativo alla *stipulatio pridie quam moriar* (III § 100) mostra di ben intendere la ragione della nullità, non la comprenda poi nel caso corrispondente del legato?

Una spiegazione soddisfacente di quelle parole manca nè è possibile, a mio avviso, trovarla, comunque si voglia sforzare il pensiero del giureconsulto. Certo è che la nullità dovè esser dichiarata, perchè anche qui si ha la stessa incongruenza e contraddizione che si riscontra nella *stipulatio praepostera*.

Analogamente era nullo, sempre sul diritto classico, il legato *post mortem legatarii* e conseguentemente quello *pridie quam legatarius morietur*. Il legato avrebbe nell' uno e nell' altro caso ceduto

¹⁾ La frase di Gaio: *et sane vix donec diversitatis ratio reddi non potest* (III § 98) si riferisce più esattamente alla *condictio impossibilis* apposta ad un legato in contrapposto con quella apposta ad una stipulazione.

²⁾ Op. cit. pag. 234-235.

a profitto dell'erede del legatario, ossia a profitto d'una persona incerta ¹⁾).

Potrebbe osservare invero che lo stesso effetto avevasi in sostanza anche nel legato *cum legatarius morietur*, e che perciò anche questo avrebbe dovuto dichiararsi nullo. Senonchè, come s'è già notato, mentre nel legato *cum leg. mor.*, intendendosi il *dies mortis* come l'ultimo istante della vita del legatario, esso era acquistato da questo, nell'altro l'acquisto avrebbe dovuto verificarsi quando il legatario non era più in vita, il che contrastava coi principii rigorosi e formali del diritto classico.

Tutte queste quattro forme di legato, che il diritto più puro vietava, Giustiniano rese valide con la c. 11, 8, 37 (38) più sopra già riportata. Ed anche qui della riforma tenne conto nelle sue Istituzioni, ove dichiarò che tanto il *post mortem heredis* o *legatarii*, quanto il *pridie quam heres* o *legatarius morietur* dovessero ammettersi, parificando in tal guisa i legati ai fedecommissi:

§ 35 I. *de legalis* II, 20. Post mortem quoque heredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur: veluti si quis ita dicat: 'cum heres meus mortuus erit, do lego': item 'pridie quam heres aut legatarius morietur'. Sed simili modo et hoc correximus firmitatem huiusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem praestantes, ne vel in hoc casu deterior causa legatorum quam fideicommissorum inveniatur.

Come nella stipulazione, così anche qui la teoria del *dies impossibilis* non ha che vedere con siffatti divieti del diritto positivo. Trattasi anche qui di particolari motivi del diritto successorio, i quali rendono nullo il legato nel periodo classico, non già perchè ad esso sia apposto un termine impossibile, ma perchè le norme del diritto vigente, ispirate ad un rigido formalismo, non lo consentono.

Di impossibilità dunque non può parlarsi: ed infatti, quando con la legislazione giustiniana il vecchio formalismo fu battuto in breccia, cadde il divieto, e al legato, comunque concepito, fu concessa piena efficacia.

¹⁾ DEMANGEAT, op. cit. I. cit.



Riassumendo i risultati che dalle presenti ricerche possono trarsi, a me pare di poter con qualche fondamento porre in dubbio la esattezza del principio, che i termini impossibili annullino qualunque atto cui essi siano apposti, tanto se tra vivi quanto se a causa di morte, e in luogo di questo sostituirne un altro analogo a quello proclamato per le condizioni impossibili.

Affermar ciò in via assoluta forse non è lecito, data la povertà dei testi che in proposito si leggono nelle fonti; sicchè la dimostrazione rimane costretta entro limiti molto angusti. Ma questa non può dirsi neppure del tutto mancata: e se gli elementi positivi son pochi, giovano pur non di meno a dar loro forza quelli negativi, che tendono cioè a dimostrar non provato l'annullamento degli atti a causa di morte per effetto del termine impossibile. Le ultime osservazioni sulla *stipulatio* e sul legato dopo la morte del debitore, del creditore, dell'erede, del legatario o prima della morte dell'erede e del legatario, se sottraggono una delle prove per l'annullamento degli atti tra vivi, distruggono le sole prove che in contrario potrebbero addursi per l'annullamento degli atti a causa di morte.

LE FIGURAZIONI ALLUSIVE ALLE LEGGI

SOPRA LE MONETE CONSOLARI ROMANE

I. È ben noto dagli scrittori di numismatica romana che i tipi uniformi conservati costantemente sulle monete fin circa a mezzo il vi secolo e raffiguranti le divinità tutelari di Roma e la prora di nave (di cui non è qui il caso di riporre in discussione l'origine) coll'iscrizione *Roma* senz'alcun altro segno od emblema, vengon meno poco appresso.

I magistrati monetari, pur conservando ancora nelle figurazioni l'uniformità dei vecchi tipi, cominciano tuttavia a contrassegnare quelle da essi coniate con qualche proprio simbolo o emblema, o col monogramma del nome loro di famiglia, indi col nome loro personale.

Poco più tardi, verso il 620 sui rovesci, dopo il 660 anche sui dritti, prima sulle monete d'argento, poi su quelle di bronzo, i vecchi tipi sono abbandonati anche nelle figurazioni ¹⁾. Le quali, in luogo di rappresentare divinità tutelari della città, rappresentano effigi, fatti, simboli allusivi ai fasti familiari del monetario.

II. La storia e la leggenda nazionale, e la falsificazione artificiosa intesa ad attribuire origini nobili ed antiche e benemerienze cospicue a genti nuove ed ignobili, si trovano in coteste rappresentazioni variamente frammiste. I monetari che rappresentano sulle loro monete figurazioni allusive a fasti storici della loro gente s'alternano o concorrono nella seconda metà del secolo VII e al principio dell'VIII con altri che in difetto di questi vi recano figurazioni allusive

(¹) Cfr. specialmente MOMMSEN, *Histoire de la mon. rom.*, trad. franc. del DE BLACAS, II, pag. 42-3, 171, 181 e segg.; BABELON, *Descr. histor. et chron. des mon. de la Républ. rom.*, Paris, 1886; al quale ultimo mi rimetterò per la descrizione e l'interpretazione dei singoli tipi che mi occorrerà di ricordare e per la precedente letteratura in proposito.

a fasti leggendari o falsi. E talora monetari di una stessa gente ne recano dell'una e dell'altra specie.

Così i Marcii che per allusione all'ambasciata di L. Marcio Filippo Q. F. a Filippo V di Macedonia, recano l'effigie di codesto re sopra un denaro di L. Marcio ¹⁾ e raffigurano su quello di Marcio Filippo l'acquedotto fatto costruire da Q. Marcio Rex ²⁾; mentre pure a riaffermare la lor vantata discendenza da Anco Marcio ne recano ripetutamente e in varie guise l'effigie sia su codesto stesso denaro di Filippo, sia sul denaro e sulle monete di bronzo di C. Marcio Censorino ³⁾.

Così i Calpurnii, insieme al ricordo dei *Ludi Apollinares* ristabiliti da un loro storico antenato ⁴⁾, rappresentano la testa di Numa padre a quel mitico Calpus, che vantano loro progenitore ⁵⁾.

I Memmii ricordano i *Cerialia* eseguiti da un edile della loro gente ⁶⁾; e insieme rappresentano Venere per alludere all'origine troiana da essi vantata ⁷⁾.

I Postumii rappresentano figurazioni allusive alle gesta del pretore L. Postumio in Ispagna ⁸⁾, e insieme alla battaglia del lago Regillo coll'effigie dei Dioscuri apparsi al dittatore Postumio Albo alla *Fons Iuturna* ⁹⁾.

III. Le gesta degli antenati storiche o leggendarie, le quali servono di argomento alle figurazioni dei monetari che se ne vantano discesi, insieme con l'effigie di questi ¹⁰⁾ o con l'effigie di divinità pre-

⁽¹⁾ BABELON, II, pag. 187.

⁽²⁾ BABELON, II, pag. 197.

⁽³⁾ BABELON, II, pag. 197, 190-4.

⁽⁴⁾ BABELON, I, pagg. 289-97, 290-302.

⁽⁵⁾ BABELON, I, pagg. 303-4.

⁽⁶⁾ BABELON, II, pag. 218.

⁽⁷⁾ BABELON, II, pag. 214.

⁽⁸⁾ BABELON, II, pag. 381.

⁽⁹⁾ BABELON, II, pagg. 379-80.

⁽¹⁰⁾ Cfr. l'effigie del re Tazio colle rappresentazioni del ratto delle Sabine sui denari di L. Titurio (B, II, 496) di Anco Marcio sulle monete dei Marcii (v. sopra alla n. 3), di Fontus figlio di Giano sopra un denaro de' Fonteii (I, 499), di Nettuno e di Leuconoe sulle monete di P. Plautio Hypseo (II, 321), di Numa oltre che sulle monete dei Calpurnii (v. sopra n. 5), su quelle dei Pomponii, discendenti da Pompo figliuolo insieme con Calpus a costui (II, 358-9); di Ulisse su quelle dei Mamili, discesi da Mamilia figlia di Telegonte, nato a sua volta da Ulisse e da Circe (II, 170 e segg.).

dilette alla lor gente, o proprie alla lor terra leggendaria d'origine¹⁾, assumono nel periodo di cui discorriamo la varietà più larga e multiforme.

Imprese di guerra gloriose o fortunate²⁾, atti individuali di valore³⁾, gestioni di magistrature e riaffermazioni e svolgimenti dati agli attributi di queste⁴⁾, costruzioni d'opere pubbliche⁵⁾, provvisioni per la pubblica annona⁶⁾, introduzioni di nuovi culti⁷⁾ e consacrazioni di templi⁸⁾, introduzioni di giuochi e di feste pubbliche⁹⁾, per-

(¹) Così son raffigurati Castore e Polluce su monete delle genti Cordia, Fonteia e Sulpicia originarie di Tuscolo (I, pagg. 382 e segg.; 503; II, 470 e segg.); Giunone Sospita o Giunone Caprotina su monete delle genti Mettia, Papia, Proclia, Renia, Roscia e Toria originarie di Lanuvio (II, 223-4; 279 e segg.; 385-7; 399; 400-1; 488); Venere, oltre che su quelle dei Memmi (v. n. 7) su altre dei Giuli (II, 5); Amfinomo e Anapis su monete degli Erenni (I, 538-9).

(²) V. i ricordi delle gesta di Lutazio Catulo nella prima guerra punica (B. II, 157), di quelle di L. Cecilio Metello a Panormo nel 503 (I, 272 e segg.), di M. Claudio Marcello a Siracusa e contro Viridomaro (I, 350-2), di P. Sulpicio Galba in Grecia nel 545-6 (II, 473-4), di T. Quinzio in Macedonia (II, 391), di Postumio in Ispagna nel 574 (II, 381), di C. Lucrezio Gallo contro Perseo (II, 152-3), di Q. Opimio sui Liguri (II, 273), di Q. Fabio su Viriate (I, 482), di L. Cornelio Scipione contro Antioco (I, 399).

(³) Cfr. i denari di Domizio Ahenobarbus (I, 462), di Q. Minucio (II, 235), di T. Didio (I, 456), di M. Sergio Silo (II, 442), di C. Servilio C. f. (II, 449). Notisi pure la corona d'alloro sul dritto del denaro di C. Servilio M. f. (II, 444).

(⁴) V. la figurazione di un cavaliere armato ed apprestantesi al censo sul denaro di P. Licinio Crasso, a ricordo della censura gerita dal padre suo (II, 134), e quella della tribuna coi rostri sul denaro di Lollio Palicano a memoria dello splendore restituito alla dignità tribunitia dall'omonimo antenato del monetario (II, 147-9). Nel campo delle gesta leggendarie v. il diadema e lo scettro sul denaro di Valerio Messalla, a ricordo dell'opera di Pubblica nella cacciata dei re, e del consolato da lui primamente gerito (II, 513-4).

(⁵) La costruzione del *puteal Scribonianum*, per opera di un antenato del monetario Q. Scribonio Libo, è raffigurata sul denaro di costui (II, 427). Per l'acquedotto di Q. Marcio Rex cfr. sopra la nota 2 alla pag. prec.

(⁶) La colonna monumentale eretta a porta Trigemina secondo la tradizione in onore di L. Minucio, per le benemeritenze attribuitegli nell'approvvigionamento della città nel 315, è rappresentata sui denari dei Minuci (II, 228 e segg.). Alle liberalità storiche dell'edile M. Marcio ed alle sue distribuzioni di grano ad un'asse per moggio, allude la figurazione di due spiche sotto l'emblema della vittoria nel denaro dell'omonimo monetario del 635 (II, 184-5).

(⁷) L'introduzione del culto d'Atys da parte del pontefice M. Cornelio è ricordata sul denaro di P. Cornelio (I, 395).

(⁸) Così sui denari di D. Iunio Silano, la consacrazione del tempio alla Salute per opera di C. Iunio Bubulco Bruto (II, 107) e su varie monete dei due Porci Catoni la consacrazione del tempio alla *Victoria Virgo* per opera di Catone dopo i suoi successi in Ispagna (II, 371).

(⁹) Accenni ai ludi floreali favoriti da Ap. Clodio Centho (I, 353) e da un

sino singolarissime benemerenze verso una data classe di cittadini, rimaste nei ricordi familiari benchè d'intrinseca importanza esigua e lieve¹⁾, tutto giova ai monetari per riaffermare sulle monete da loro emesse il ricordo della lor gente.

IV. Senonchè, di fronte appunto a codesta novità invalsa di una varietà così complessa dei fasti familiari presi ad argomento delle figurazioni e rappresentazioni, par singolare e degno di rilievo un fatto, ch'è sfuggito sin qui per quanto mi consta all'attenzione sia degli scrittori di numismatica, sia di quelli di diritto pubblico romano. Voglio dire l'estrema scarsezza di figurazioni allusive a leggi, di cui la storia o la tradizione falsificata attribuivano ad antenati dei monetari la proposta, e dai quali figuravano denominate²⁾.

Evidentemente codesto fatto non può spiegarsi colla scarsità di monetari appartenenti a quelle genti ch'ebbero nel loro seno magistrati proponenti di leggi famose. Basti ricordare che vi ebber monetari della gente Licinia, della gente Valeria, dalle quali son denominate delle leggi di cui la tradizione allargò il contenuto ed anticipò la data, a farne apparire tendenziosamente più cospicua l'importanza.

Ve n'ebbero tra i Papirii, dalla cui gente uscì il proponente di quella *lex Papiria Poetelia* che ugualmente fu ingrandita nelle memorie dell'età storica; tra i Calpurnii, i Furii, i Sillii, nomi tutti che figurano pure nell'elenco di notissime leggi attinenti il diritto processuale e il privato.

Servilio (II, 451-2); agli *Apollinares* istituiti per un oracolo di Marcio (II, 192) e ristabiliti da un Calpurnio (I, 299); ai *Certalia* eseguiti ad iniziativa di un edile della gens *Memmia* (II, 417-9); ai *Iudi Victoriae* inaugurati dal pretore urbano Sex. Nonio in memoria della vittoria di Silla alla porta Collina (II, 255-6), si trovano sulle monete dei monetari discesi rispettivamente dalle dette genti.

(¹) Notevolissimo è sui denari di L. Plauzio Planco il ricordo dell'accorgimento adoprato da C. Plauzio Venox per ricondurre in Roma i flautisti, ridottisi a Tibur dopo che il Senato n'ebbe limitato l'intervento nelle pompe funerarie: colla maschera e il carro dell'aurora raffiguratavi in memoria del ritorno di costoro sul far del giorno, e col viso coperto (II, 325-6).

(²) A torto lo SPANHEM, *Diss. de praest. et usu numism. antiquor.*, Amsterdam, 1706-17, II, pag. 198, afferma genericamente: *Haud novum quidpiam vel insolitum videri debeat haud minus legum latarum memoria quam actis aliis aut operibus videre nobilitata illustrium familiarum in earum nummis insignita.*

V. Non meno degno di rilievo è il carattere delle leggi alle quali eccezionalmente s'allude nelle figurazioni dei monetari: una delle Porcie sulla *provocatio*, e due delle tabellarie.

Alla *lex Porcia* estensiva della *provocatio* anche di contro all'*imperium* militare allude sul verso di un denaro di P. Porcio Laeca monetario verso il 644 la figurazione di un guerriero seguito da un littore, il quale stende la mano sul capo di un togato, con sotto l'iscrizione *provoco*¹⁾.

La prima fra le tabellarie, rogata da un Gabinio, la cui gente non diede alcun monetario, non è ricordata direttamente. Ma solo in rapporto con essa, sopra un denaro di P. Licinio Nerva, pur verso il 644, è ricordata tra le benemeritenze magistratuali del tribuno C. Licinio Crasso l'inaugurazione dei *saepta* a raccogliere i votanti colla segreta tabella nei comizi elettorali: ricordata appunto con la figurazione di un cittadino che attraversa il *ponticulus* dopo deposta nell'urna la sua tabella, e di un altro che s'appresta a sua volta ad attraversarlo²⁾.

Sono invece insistenti sulle monete della *gens Cassia* gli accenni all'omonima *lex Cassia*, tabellaria pei giudizi criminali. Tutti riconoscono invero siffatto accenno nella figurazione di un cittadino in atto di deporre nella *cista* la sua tabella, rappresentata sui denari di L. Cassio Longino monetario verso il 700³⁾. Ma vi allude pure, secondo che alcuni già intesero assai verisimilmente, la figurazione sui denari di Q. Cassio monetario verso il 694 di un'urna e di una tabella recante le due lettere A. C. (*Absolvo*, *Condemno*) rappresentate ai lati di un edificio circolare in cui si volle vedere il tempio di Vesta⁴⁾. E, secondo che a me sembra, vi allude la stessa figurazione del denaro di

(¹) BABELON, II, pagg. 369-70.

(²) BABELON, II, pagg. 128-9; MOMMSEN, *Röm. Staatsr.*, III, pagg. 400, n. 4 (trad. franc., VI, I, pag. 461) e i citati ivi. Il *ponticulus*, con tre elettori nell'atto di attraversarlo, è pur raffigurato sopra un denaro di L. Ostilio Saserna, monetario verso il 700, verisimilmente a ricordo dei nuovi *saepta* fatti costruire da Cesare per le votazioni. Cfr. BABELON, I, pagg. 551-3; MOMMSEN, op. cit., I, c.

(³) BABELON, I, pagg. 331-3.

(⁴) In tal senso interpretava già la detta figurazione ANTONIO AUGUSTINO, *Ant. numism.*, Opera, VIII, pag. 317; indi con più largo corredo di argomenti C. F. HOMMEL, *Jurisprudentia numismat. illustr.*, Lipsiae, 1763, pagg. 15-24. Invece il MOMMSEN, *Mon. rom.*, II, pag. 504, n. 2, seguito dal BABELON, I, pag. 330, ravvisa in codesta figurazione un ricordo del processo di C. Cassio contro le vestali e della condanna di queste.

C. Cassio del 645, tanto vicino alla promulgazione della legge: l'urna a sinistra della testa di Roma nel dritto, e nel verso la Libertà galoppante in quadriga, recando in mano una tavoletta ⁷⁾.

Parimente alla *lex Caelia* che estese il voto segreto anche al processo di perduellione, esclusone per la *lex Cassia*, accenna una tabella colle due lettere *L. D.* (*Liberò, Damno*) rappresentata sul denaro di C. Celio Caldo monetario verso il 700, dietro l'effigie dell'omonimo tribuno ⁸⁾.

VI. Le figurazioni varie e molteplici dianzi discorse allusive a fasti privati dei monetari corrispondono, come fu bene osservato, alla

(7) BABELON, I, pagg. 324-5.

(8) BABELON, I, pag. 372.

Tra i simboli accessori numerosissimi (cfr. la tavola portata dal B., II, pagg. 281-2) che si riscontrano sul dritto del denaro di L. Papio monetario verso il 675, a sinistra dell'effigie di Giunone Sospita, si trova anche una tavoletta coll'iscrizione *Papi* ed uno *scrinium*. Già l'ECKHEL, *Doctr. num. vet.*, V, 2, pag. 268, proponeva la congettura che qui si alludesse ad una delle due *leges Papiae*, o a quella *de vestalibus* attinente al loro reclutamento, o a quella *de peregrinis Urbe pellendis*. Alla prima di codeste due furono inclinevoli dopo il Cavedoni, il BORGHESI, *Oeuvres numism.*, II, pag. 271, il MOMMSEN, *Mon. rom.*, II, pag. 465 ed il BABELON, II, pag. 281. Ma non sembra si possa ravvisare in quella nulla più della designazione del monetario. Con maggiore audacia l'HOMMEL, *Iur. num. ill.*, pagg. 257 e segg., ha attribuito codesto denaro ad un Papirio; ed ha ravvisato nella detta iscrizione un accenno alla *lex Papiria*, che introdusse il voto scritto per le votazioni delle leggi.

Anche nel rovescio di un denaro di C. Publicio Malleolo non è mancato chi vide un'allusione a qualche legge rogata da un antenato del monetario, in una tavoletta che vi si raffigura a lato dell'eroe ignudo rappresentatovi: o alla *Publicia de aleatoribus* (HOMMEL, *op. cit.*, pagg. 67 e segg.), o persino al famoso editto dell'ignoto pretore che creò l'*actio Publiciana* (BORGHESI, *Oeuvres num.* II, pagg. 271-272). Ma il MOMMSEN, *Mon. rom.* II, 384, ha giustamente riaffermato che il tipo di codesto rovescio rimane tuttora inesplicito; e che solo in base ad un'ipotesi (assai incerta) che la rappresentazione di esso potesse alludere alla pacificazione dell'Italia dopo la guerra sociale, si potrebbe supporre ulteriormente che la tabella accennasse ad una delle due leggi relative emanate nel 685: o la *Plautia Papiria* o la *Pompèia*.

È poi senz'altro arbitrario il ravvisare coll'ECKHEL, *op. cit.*, V, 2, pag. 212, un'allusione alla *lex Iulia* del 685 sul denaro di L. Farsuleio Meneor (cfr. su di esso B., I, 493-1); e coll'HOMMEL, *op. cit.*, pag. 37, un accenno ad una *lex Memmia* (anziché *Remmia*) *de calumniatoribus*, nella lettera *K* che si trova come simbolo monetario in qualche denaro di L. Memmio (B., II, 216); o alla *lex Didia de poenis militum* sul rovescio del denaro di T. Didio (B., I, 456), nel quale l'uomo ignudo raffiguratovi in atto d'essere colpito da un altro con un flagello è certamente uno schiavo.

profonda corruzione seguita negli ordini politici e all'accentuarsi di quella prevalenza delle private personalità, che ha poi la sua manifestazione più saliente nel triumvirato, colle effigi dei membri di questo e colle figurazioni dei loro fasti personali¹⁾.

Ma il singolare riserbo durato tuttora in quel momento, a comprendere tra gli altri fasti adoptrati dai monetari per riaffermare la loro distinta personalità le proposte di leggi fatte dai loro maggiori, parrebbe dovuto ad una certa resistenza (rimasta nella coscienza comune per entro gli stessi ordini così degenerati e corrotti) dell'intimo senso e valore della legge. E al senso appunto che questa, come *publica pactio, communis rei publicae sponsio*²⁾ risulta costituita essenzialmente dall'accordo dei consociati; rispetto al quale la proposta fattane dal magistrato non ha funzione e valore che al tutto subordinati e secondari.

Solamente le proposte di tali leggi, che nelle condizioni sociali o politiche del momento parvero appunto preservatrici di quelle pubbliche libertà, di cui la legge si concepisce ancora l'emanazione, poterono apparire ed esser fatte valere come una così spiccata benevolenza pel proponente stesso, da consentire che la personalità di lui, esplicantesi già nella proposta a preservazione di quelle, figurasse ed apparisse eccezionalmente ricordata nei fasti della sua gente.

Cotal senso e valore ebber da un lato appunto quella *lex Porcia* che guarentì la personalità dei cittadini di fronte agli eccessi del potere militare pur nella sfera a cui non giungeva l'ausilio tribunizio; dall'altro le leggi tabellarie, che guarentendo il segreto dei voti ne preservarono la libertà di contro alle pressioni ed i brogli. *Populo grata est tabella*, così Cicerone, *quae frontes aperit hominum, mentes tegit, datque eam libertatem, ut quod velint faciant promittant autem quod rogentur*³⁾. Per questo ad esse, ma ad esse soltanto allusero le figurazioni dei monetari.

EMILIO COSTA.

(¹) MOMMSEN, *Mon. rom.*, II, pag. 43.

(²) CAPIT., in GELL., 10, 20; GAIO, I, 3; PAPIN., D. I, 2, 1.

(³) CIC., *pro Planc.*, 6, 16.

CORREZIONI AL PAPIRO DI ANTINOE DELL'A. 454

Nel precedente volume di questo Bullettino (pag. 93 sgg.), riproducendo il secondo dei tre papiri del Musée Guimet letti dal sig. Seymour de Ricci, contenente un contratto di vendita dell'a. 454, mi sono sfuggite due inesattezze, che vogliono esser corrette. Nella l. 2 deve si leggere $\varphi\alpha\mu\epsilon\nu\omega\delta$ invece di $\varphi\alpha\mu\epsilon\nu\theta$. Alla l. 21 l'originale non reca già $\epsilon\iota\ \eta\ \beta\omicron\upsilon\lambda\eta\theta\epsilon\iota\varsigma$, ma $\epsilon\iota\ \beta\omicron\upsilon\lambda\eta\theta\epsilon\iota\varsigma$. L' si è stato poi cancellato dallo scrivano e corretto sostituendovi η , siccome m'avverte il DE RICCI, Bulletin papirologique II in Revue des études grecques, XV, 1902, pag. 452. Naturalmente però deve si leggere $\epsilon\iota\ \beta\omicron\upsilon\lambda\eta\theta\epsilon\iota\varsigma$.

R. DE RUGGIERO.

RECENSIONI

Leopold Wenger. *Rechtshistorische Papyrusstudien.* — Graz, Leuschner und Lubensky, 1902, in-8, pag. xv-173.

Quali frutti insperati possa raccogliere lo storico del diritto romano nel campo ubertoso della papirologia, che in breve volger d'anni ha conquistato un esercito di cultori in ogni ramo delle scienze antiquarie, dimostra assai bene quest'ottimo libro del Wenger. Nè l'elogio sembra eccessivo. Sorto sotto gli auspici del Mitteis, che è ormai in Germania e fuori riconosciuto maestro nello studio e nella elaborazione del ricco materiale papirologico dal punto di vista del diritto e di quello greco-romano in particolar modo, il libro del Wenger è insieme un modello del metodo che il romanista deve seguire in siffatto genere di studii per trarre alcun buon profitto dalla interpretazione dei papiri giuridici, ed uno dei primi tentativi di coordinamento dello sparso materiale ai fini di una proficua ricostruzione e integrazione della storia giuridica romana.

Il problema fondamentale, che ad ogni nuovo documento tratto in luce si affaccia allo storico, fu posto già e magistralmente trattato appunto dal Mitteis nel suo '*Reichsrecht und Volksrecht*': dopo la recezione del diritto romano in Egitto, quale fu l'influenza che su quello esercitò il diritto greco-egiziano e quanta parte di questo e del diritto nazionale si trasfuse negli istituti romani? La nuova scienza, ancor giovine, non può dare oggi un'adeguata ed esauriente risposta al quesito. La commistione dei vari diritti succedutisi nello stesso territorio, le pure analogie e le accidentali rassomiglianze di norme legali o di consuetudini, le lontane e lentissime influenze esercitate da una civiltà sull'altra attraverso una lunga serie di secoli ed insensibilmente, poste accanto alla positiva influenza che il diritto romano ebbe in Egitto dopo la conquista e nel periodo imperiale,

turbano spesso la severa indagine della critica e possono facilmente condurre a risultati fallaci o esagerati. Il preconconcetto è qui, più che altrove, fonte di conclusioni errate: come quello d'una filiazione del diritto romano dal diritto e dalla civiltà egiziana direttamente, induceva di recente un insigne scrittore di egittologia, il Révillout, a ritener tratta senz'altro dal codice di Amasi la legge delle XII tavole e a considerar Numa Pompilio imitatore di Bocchoris (*Les rapports historiques et légaux des Quirites et des Egyptiens depuis la fondation de Rome jusqu'aux emprunts faits par les auteurs de la loi des XII Tables au code d'Amasis*, Paris, 1902; cfr. la critica severa fattane dal punto di vista romanistico dal Semeraro, *Romani ed Egizi* in *Riv. it. per le sc. giur.*, XXXIV, 1902, pag. 388 sgg.). così non da ogni analogia, anche se non del tutto superficiale o fortuita, si può o si deve inferire la romanizzazione di quel particolare istituto in cui l'analogia, forse talvolta apparente, ha riscontro. Il diritto egizio antichissimo, quello greco-egizio trovato nella nuova grande provincia dai Romani, opposero forti e continue resistenze al diritto dei nuovi conquistatori: nella lotta è arduo decidere chi fosse vincitore; vinsero forse e soccombettero a vicenda ambedue gli elementi, sicchè come l'elemento locale non poté sottrarsi alle modificazioni che il diritto dei dominatori gl'imponeva, così quello imperiale ebbe a subir dal suo canto infiltrazioni del diritto provinciale.

Occorre, adunque, in indagini di siffatta natura, procedere guardinghi e considerar di volta in volta ogni singolo istituto ed ogni aspetto di ciascuno per scoprirvi le tracce eventuali che quel contrasto possa avervi lasciato, rinunciando per ora ad illazioni maggiori e più generali, cui soltanto un profondo ed esteso studio dei nuovi documenti potrà legittimare.

È questo il sistema che cautamente, mercè una acuta, perspicace analisi dei testi, il Wenger segue nei presenti *Studi papirologici*.

V'è un campo del diritto, in cui la legge romana ha senza dubbio trionfato, almeno in parte, sull'elemento locale, lasciandovi la propria impronta indelebile: il diritto processuale. A questo campo, non meno degli altri fecondo per gli studiosi dei papiri, ha volto l'A. la sua attenzione. Le tre ricerche, di cui si compone il volume, sono dedicate infatti l'una alle garanzie di comparizione, l'altra al *vadimonium*, la terza alla competenza delle magistrature giudiziarie

egizie durante il periodo romano: tre punti affatto speciali, ma singolarmente importanti per la luce che i numerosi atti giudiziarii scoperti in questi ultimi anni apportano alla storia del diritto romano provinciale.

I. Le garanzie di comparizione prestate da un terzo pel convenuto in un processo civile o penale si presentano nei papiri sotto una duplice forma: nei più antichi sono pure e semplici promesse giurate, nei più recenti invece la promessa si riveste della forma della stipulazione, una forma della quale i greci e gli egizi usarono ed abusarono, dopo la *constitutio Antonina*, applicandola ad ogni specie di negozio giuridico e persino ai testamenti. Ma una tal clausola stipulatoria non ebbe punto gli effetti della *stipulatio*, nè poteva averli: come le garanzie della prima natura, così anche quelle rivestite di stipulazione eran necessariamente rivolte all'autorità giudiziaria, verso la quale il terzo si rendeva garante, non mai all'altra parte; sicchè la stipulazione riducevasi qui, come negli altri casi di abuso, ad una mera forma. Ora, ponendo in raffronto i documenti in esame con le fonti giuridiche romane, l'A. rileva la pronunciata analogia che i garanti dei primi documenti hanno col *vindex* del diritto romano classico, quelli degli altri col *fideiussor iudicio sistendi causa datus* delle fonti giustiniane e, pur non negando la influenza che il diritto romano spiegò sul processo nel diritto provinciale, giunge a questa conseguenza, che forse lo stesso processo romano abbia, anche in minima parte, subito nell'istituto della garanzia processuale la influenza di un qualche consimile istituto greco: la ragione della interpolazione di *fideiussor* a *vindex* nelle fonti deve forse ricercarsi appunto in questo fenomeno di trasformazione avvenuta sul territorio provinciale, per la quale il *vindex*, pur rimanendo nella sostanza qual'era in origine, potè poi rivestir la sua promessa con la forma di una stipulazione (p. 40).

Il più antico tra i documenti che il Wenger sceglie e sottopone alla critica è un atto dell'11 novembre 193 (papiro BGU, II, 581), nel quale un ex soldato, C. Longino Prisco, presta con giuramento garanzia per un tal Socrate, assicurandone la comparizione in seguito all'azione spiegata contro di lui in un processo, che già il Mitteis (*Hermes*, XXXII, p. 658) e il Mommsen (*Röm. Strafr.* p. 331, n. 1) hanno ritenuto di natura penale, ma che il Wenger propende più a

ritenere di natura civile. L'esame del suo contenuto infatti, mentre dimostra che la promessa di garanzia fatta da Longino Prisco corrisponde alle nozioni che i giuristi danno della garanzia nel processo civile, qual'è prestata dal *vindex*, induce a concludere che il papiro mal si presterebbe ad un riferimento al processo penale (p. 24). Nel processo civile il garante assume su di sè la difesa e le conseguenze della eventuale condanna del garantito, per modo che l'azione intentata contro quest'ultimo colpisce direttamente il primo: il che non accade nel giudizio penale. Ed è invece quello appunto il carattere che ha la garanzia contenuta nel pap. 581, e che si rileva in vari altri documenti, che ad esso più o meno si accostano, come il pap BGU. II, 891, del 1° maggio 144 nel quale tre cittadini di Andromachide prestano allo stratega garanzia per quattro debitori, e il pap. Grenf. II, 62, dell'anno 211 (v. in senso forse contrario SCIALOJA, *Garanzia giurata di comparizione*, che lo riprodusse in questo *Bullettino*, IX, p. 172-173), ove un Demetrio si rende garante presso il centurione per un tal Pasis impegnandosi a soddisfare l'attore nel caso di mancata comparizione del convenuto. Un più tardo documento del 30 aprile 426 (BGU. III, 936 e Wilcken, *Archiv. f. Pap.* I, p. 227) è anch'esso garanzia per un processo civile, mentre il pap. Lond. 246, che pur per ogni altro carattere esterno si accosta ai precedenti, deve ritenersi che tratti di garanzia in materia penale, perchè appunto manca da parte del garante la promessa di rispondere personalmente pel convenuto nel caso di non comparizione.

Altri elementi invece inducono ad attribuire natura civile ad altre fideiussioni. Così, nel pap. Oxy. II, 259, ove un tal Teone si rende garante presso il sovrintendente del carcere, in cui è rinchiuso per debiti Serapione, promettendo di ricondurvi entro 30 giorni il debitore che il sovrintendente gli permette di far uscire provvisoriamente, si ha un termine *ἄσσο* per la comparizione, laddove nei documenti precedenti l'impegno è di comparire ad ogni richiesta del magistrato; e tuttavia la natura civile della garanzia non è messa in dubbio, mentre è affatto incerta in un analogo documento (BGU. I, 255), che ci presenta una consimile garanzia di tre persone per un debitore imprigionato. Natura penale si ha invece in BGU. II, 401, ove la garanzia è prestata per assicurare che non saranno più da Nilammone sollevati scandali per la sua convivenza con Teodora.

Ma fin qui si tratta sempre di atti *pubblici*, di garanzie cioè prestate verso la pubblica autorità. Di veri e propri contratti, di garanzie cioè prestate tra privato e privato, il Wenger non ne indica con sicurezza che uno, il pap. Oxy. I, 135, dell'anno 579; qui infatti Aurelio Panunzio garantisce agli eredi di un ricco proprietario di terreni la permanenza di un colono sul fondo che gli è stato assegnato. Fors'anche, ma l'A. non lo afferma con sicurezza, è da ascrivere a questa categoria un breve frammento (Lond. II, 220), nel quale il Wilcken ha riconosciuto una garanzia fornita a pro d'un debitore, che vien liberato per tre giorni dal carcere allo scopo, sembra, di rendergli possibile il pagamento del suo debito in quel breve termine.

II. Il tentativo di colmare la lacuna, che nelle notizie intorno al *vadimonium* hanno creato le interpolazioni giustiniane, è una nuova prova del valido sussidio che possono fornire agli studi romanistici i papiri. Lacune si hanno infatti intorno alla natura, al contenuto, al modo con cui il *vadimonium* è prestato quando le parti debbano, dopo una prima comparizione dinanzi al magistrato, comparire nuovamente più tardi dinanzi ad un altro. Ora il pap. Oxy. II. 260 dell'a. 59 d. C. presenta appunto un esempio di tale *vadimonium*: l'attore e il convenuto, dopo esser comparsi avanti allo stratega e aver trattata la loro causa, si promettono con giuramento di ricomparire entro 21 giorno avanti all'ἀρχιδικαστής di Alessandria per ivi portare a fine la lite. Il qual documento, oltre a provare come anche nel diritto provinciale romano-egizio si avesse un istituto corrispondente al *vadimonio* romano sia che vogliasi pensare ad un istituto analogo del diritto greco o nazionale-egizio cui sarebbesi appoggiata la costruzione romana, sia che vogliasi esso stesso ritener di provenienza romana, prova ancora come il *vadimonium recuperatoribus suppositis* non potesse servir che permanendo il processo presso il medesimo magistrato, nel caso cioè in cui le parti si promettevano di ricomparire innanzi allo stesso tribunale (*Dilationsvadimonium* proprio, secondo il Wenger), mentre quando la ricomparizione doveva avvenire in luogo diverso, occorreva il *vadimonium iureiurando* (*Dilationsvadimonium* improprio).

Cosicchè, riunendo e coordinando le notizie che dalle istituzioni giurine e dai papiri si traggono, sembra al Wenger di poter fissare le seguenti quattro categorie di *vadimonia*: 1° *Vadimonium purum*,

contenente una stipulazione tra attore e convenuto, accompagnata, nelle provincie ellenistiche, da un chirografo; 2° *Vadimonium cum salisdatiōe*, contenente una stipulazione principale tra attore e convenuto ed una accessoria tra attore e garante; 3° *Vadimonium recuperatoribus suppositis*, contenente una stipulazione tra attore e convenuto con conseguente costituzione del tribunale recuperatorio e immediata contestazione della lite; 4° *Vadimonium iureiurando*, contenente una stipulazione tra attore e convenuto, accompagnata da un giuramento che s' indirizza al magistrato.

La promessa di una somma determinata, siccome *poena* nel caso di non comparizione, il *vadimonium* non esigeva necessariamente: stipulata, l'attore la ripeteva con l'*actio de certa credita pecunia* nel *vadimonium purum*; non stipulata, con l'*actio incerti* tanto in quello quanto nel *vadimonium iureiurando*, nel quale ultimo s' incorrevano inoltre anche le pene comminate pel *crimen laesae maiestatis*, perocchè come appare dai documenti il giuramento veniva dato, durante l' Impero, nel nome del principe.

Codesto giuramento, che nel papiro citato come nell'altro BGU. II, 592, è prestato da ambedue le parti, sembra invece prestato da una sola e su richiesta del magistrato nel pap. BGU. III, 891, dell'a. 144 d. C, in cui una donna Meneclea promette di recarsi in Alessandria e di presentarsi all' *ἀντίπονος*. Ciò potrebbe indurre a credere che v'abbian casi in cui il giuramento venga prestato da una, altri in cui venga prestato da tutte e due le parti: ma lo stato frammentario in cui il documento è conservato non permette di trarre da esso risultati sicuri, alla stessa guisa che non può con tutta certezza stabilirsi la natura delle promesse giurate o non dei pap. BGU. II, 388, Lond. II, 214 e 196, che più o meno s' accostano al *vadimonium*.

Le norme pertanto, che sulla base di questi ed altri documenti si possono allo stato attuale fissare, si riassumono nelle seguenti. Nella giurisdizione del *Conventus* la parte indirizzava l'istanza allo stratega, che segnava la causa sul *καταχωρισμός* del *Conventus*, e la decisione era data o dal giudice del *Conventus* o da un giudice inferiore da quello delegato. Adito invece il giudice superiore, questo o rigettava senz' altro la istanza oppure ordinava la notificazione della istanza all'altra parte. Nella giurisdizione permanente, adito il giudice competente, questo decideva o direttamente o per mezzo di delega-

zione dopo la citazione del convenuto. Ma comparse le parti innanzi ad un giudice incompetente, il mezzo per ristabilire la competenza era dato appunto dal *vadimonium*, il quale era prestato da ambedue le parti quando esse riconoscevano la incompetenza, era probabilmente dato dal convenuto soltanto se avesse il giudice stesso eccepita la propria incompetenza. Al *vadimonium* ricorrevasi altresì per ricomparire innanzi allo stesso magistrato o ad altro inferiore, non solo in materia civile, ma anche in materie penali e di pubblica amministrazione.

III. La conoscenza della organizzazione dell'ordinamento giudiziario nell'Egitto greco-romano ha una importanza capitale per la intelligenza d'una gran parte dei papiri giuridici, i quali contengono appunto un rilevante numero di petizioni, istanze, libelli, citazioni delle parti, sentenze e provvedimenti dei magistrati, verbali di causa ed altri consimili atti pertinenti a processi svoltisi nelle più svariate condizioni di luogo, di tempo e di giurisdizione. Gli studiosi devono dunque esser ben grati al Wenger, che con molta pazienza ed accorgimento è venuto raccogliendo e coordinando in questo terzo articolo tutto quanto i papiri ci hanno conservato sull'argomento.

L'ordinamento giudiziario in Egitto è rappresentato da cinque magistrati: il prefetto (*ἐπαρχος, ἡγεμὼν*) che è il capo della provincia e il vice-re, e dopo di lui in ordine discendente il *δικαιοδότης* (*iuridicus Alexandreae*), l'*ἀρχιδικαστής*, lo *στρατηγός*, e l'*ἐπιστρατηγός*, dei quali dipendono dal prefetto certamente gli ultimi tre, è incerto se dipenda gerarchicamente anche il primo.

Lo stratega è il capo del νόμος. S'egli avesse giurisdizione indipendente, sia pur di grado inferiore, è discusso. Il Mitteis (*Hermes* XXXII, p. 648) lo negò, attribuendogli soltanto una giurisdizione permanentemente delegatagli in affari di minor conto. Certo egli ebbe competenza sia in materie spettanti al *Conventus*, del quale egli era destinato a preparare il lavoro giudiziario, compilandone le liste, provvedendo alle chiamate in giudizio, arrestando i colpevoli, sia come giudice delegato di volta in volta da un magistrato superiore, come il prefetto (*iudex a praefecto datus* - cfr. Oxy. I, 37 e II, 237, Lond. II, 354), il *δικαιοδότης* (cfr. BGU. I, 245, 5, II, 17, Lond. II, 196, 276), l'*ἀρχιδικαστής* (BGU I, 136) e infine l'*ἐπιστρατηγός* (BGU. I, 168, 195, P. Par. 69), non solo nei processi, ma anche nelle esecuzioni

(Oxy. I, 71, BGU. III, 378), in materia di giurisdizione volontaria, quali l'apertura dei testamenti (BGU. II, 448) e la registrazione dei documenti (BGU. I, 73), e in funzioni amministrative (BGU. I, 180, II, 648, ecc.).

I documenti in cui queste singole delegazioni appaiono potrebbero invero interpretarsi in favore d'una giurisdizione indipendente; e il Wenger vi si mostra in certa guisa disposto, sebbene non disconosca ch'essi possano riferirsi anche a quella delegazione generale e permanente, che già il Mitteis aveva ammesso. Sicchè per questo punto la questione, nonostante il largo contributo di documenti e di osservazioni portato dall'A, rimane ancora com'era prima *sub iudice*; ma va certamente risolta in favore di una giurisdizione indipendente ed autonoma almeno nelle materie di volontaria giurisdizione, in cui si hanno testimonianze sicure per quel che riguarda la costituzione dei tutori (cfr. P. Gen in *Zeitschr. der Sav.-Stift.* XV, R. Abth. p. 241 sgg., Oxy. I, 56, BGU. I, 168, II, 388), e per ciò che riflette la consegna e il deposito dei testamenti presso gli ἀγοράνομοι (Oxy. I, 106).

Al disopra dello stratega sta l'epistratega, ch'è a sua volta sottoposto al prefetto, ma è dubbio se lo fosse altresì al dicaiodote e all'archidicaste. Anche a lui il Mitteis disconosce una giurisdizione indipendente: tutta la sua attività si svolse come giudice delegato, e s'egli comparisce talvolta come delegante, questa sua è pur sempre funzione di sub-delegazione. Tuttavia il dubbio ch'egli avesse giurisdizione propria ed autonoma non è del tutto infondato, sebbene i documenti non ci pongano in grado di risolverlo.

La competenza dell'archidicaste è, per territorio, assai più vasta di quella dello stratega e dell'epistratega: essa si estende infatti su tutta la provincia dell'Egitto, al pari di ciò che si verifica nel prefetto. L'archidicaste comparisce anch'egli come giudice delegato dal prefetto nelle materie di competenza del *Conventus*. Ma ch'egli abbia, oltre questa, anche una giurisdizione propria e indipendente, non pare doversi mettere in dubbio. La competenza sua fu però limitata ai processi civili soltanto e alle materie di volontaria giurisdizione.

Competenza altrettanto estesa per territorio aveva il *iuridicus Alexandreae*. La sua giurisdizione indipendente e autonoma abbracciava un maggior campo di attività: processi civili, affari di volon-

taria giurisdizione, materie amministrative. Era però anche in lui esclusa la competenza penale.

A capo della organizzazione giudiziaria sta il prefetto, che può delegare tutti gli altri magistrati precedenti ed oltre ad essi anche altri ufficiali pubblici, come ad esempio i militari, per la istruzione e per la decisione dei processi. Normalmente anzi egli delega sempre in processi civili codesti suoi dipendenti, mentre personalmente non giudica, a quanto sembra, se non in processi penali. Ch'egli avesse una competenza e una giurisdizione generale e illimitata è fuor di dubbio: ma poichè talune delle altre magistrature più sopra ricordate avevano una giurisdizione lor propria e indipendente, è necessario concludere che il prefetto aveva in talune materie giurisdizione concorrente con quella di quei magistrati.

ROBERTO DE RUGGIERO.

APPUNTI BIBLIOGRAFICI

Edouard Cuq. *Les institutions juridiques des Romains envisagées dans leur rapports avec l'état social et avec les progrès de la jurisprudence*. Tome II: *Le droit classique et le droit du Bas-Empire* - Paris, Plon Nourrit 1902, in-8, pag. III-902. — Il secondo volume della classica opera del Cuq, della quale tutti i romanisti avevano apprezzato l'alto valore nel primo, è venuto alla luce dieci anni e più dopo la pubblicazione di quello: ma la lunga attesa è stata largamente compensata, poichè l'illustre scrittore completa con esso il quadro generale della storia giuridica romana in modo veramente mirabile. Il periodo cui era dedicato il primo volume è, com'è noto, quello del diritto antico, che comprende i primi sei secoli della vita giuridica romana. Il secondo abbraccia tutto lo svolgimento posteriore, diviso in due grandi periodi, quello del diritto classico da Adriano ad Alessandro Severo, e quello del diritto del basso impero che va fino a Giustiniano. Per entro a ciascun periodo l'A. svolge la dottrina e la storia dei singoli istituti giuridici; ma la estensione maggiore è data al diritto classico (pag. 1-789) e

non senza ragione: cessato ormai in tutti i paesi il valore legislativo del diritto romano, esso ha nell'insegnamento acquistato sempre più grande importanza come studio storico, e nel metodo storico nessun periodo si presenta certamente più insigne e più proficuo di quello classico, per lo straordinario e meraviglioso svolgimento che in esso si manifesta, per la perfezione cui le istituzioni di Roma vi raggiungono mercè l'opera de' suoi più grandi giuriconsulti.

Seguendo nelle sue linee generali il sistema adottato da Gaio nelle istituzioni, il Cuq espone il diritto classico dividendolo in cinque parti: premesso un primo libro sulla formazione di codesto diritto (l'attenzione è rivolta naturalmente in modo preponderante alla giurisprudenza), egli tratta in primo luogo delle persone (persone libere e indipendenti, persone sottoposte alla dipendenza altrui, persone in tutela o in curatela, persone giuridiche), in secondo luogo del patrimonio e dei diritti reali (nozione e composizione del patrimonio, proprietà, possesso, modi d'acquisto della proprietà, perdita di essa, protezione della medesi-

ma, diritti reali sulla cosa altrui, servitù, superficie, *ius in agro vectigali*, ipoteca), in terzo luogo delle obbligazioni (natura e fonti delle obbligazioni, contratti, contratti solenni, contratti reali, contratti consensuali, contratti innominati, *leges contractus*, patti adietti e patti pretori, delitti, obbligazioni imposte dalla legge, estinzione delle obbligazioni, cessazione dei crediti, cauzioni, conseguenze della mancata esecuzione delle obbligazioni), in quarto luogo delle successioni a causa di morte (successioni a titolo universale e a titolo particolare, successioni testamentarie e *ab intestato*, acquisto delle successioni, divisione e collazione, sanzioni del diritto ereditario, legati, fidecommessi, donazione), e da ultimo delle azioni, della organizzazione giudiziaria, della procedura. La divisione della materia pel diritto del basso impero (pag. 770 888) è identica, salvo il più ristretto sviluppo che ad essa è dato. Una modificazione rispetto al metodo della esposizione si osserva di fronte al primo volume: le numerose questioni che la storia di ogni singolo istituto solleva sono state tolte dal testo, che così corre più spedito, e sono state trasportate nelle note, ove il lettore trova raccolte succintamente ed esposte con quella chiarezza e precisione di linguaggio che son doti preclare del Cuq, tutte le controversie che s'agitano ancora fra i romanisti. La bibliografia v'è anche più abbondante e più largamente adoperata, non esclusa quella ita-

liana: le opere più recenti sono state tutte messe a contributo.

Otto Lenel. *Die Anföchtung von Rechtshandlungen des Schuldners im klassischen römischen Recht.* — Leipzig, Hirschfeld, 1903, pag. 23. — Le poche ma preziose pagine che l'illustre romanista di Strasburgo dedica al gravissimo tema della revoca degli atti fraudolenti nel diritto classico recano tutta l'impronta della mano del maestro. L'arduo argomento della natura e dei rapporti tra i due famosi mezzi classici per impugnare le frodi dei debitori, amalgamati e ridotti ad unica azione nel diritto giustiniano, si chiarisce e semplifica siffattamente nelle mani del Lenel, che la soluzione del problema, trattato pur recentemente con profonda dottrina dal nostro Solazzi, scaturisce limpida e senza sforzi dai testi. Il risultato cui egli perviene dall'esame di questi e dalla ricostruzione del pensiero dei giureconsulti si è che il diritto classico conosceva due diversi mezzi giuridici per impugnare le alienazioni fraudolente: l'uno era la *restitutio* e corrispondentemente l'azione rescissoria, spettante soltanto al *curator bonorum*, l'altro l'*interdictum fraudatorium* accordato ad ogni creditore. All'uno e all'altro i compilatori sostituirono un unico mezzo che potesse ugualmente essere esercitato dal *curator* e dai creditori, e poichè non si presentava loro altra denominazione più appropriata, chiamaron questo mezzo *actio in factum* o semplice-

mente *actio*, introducendolo nelle parole stesse dell'editto poste in principio del titolo relativo nei Digesti (fr. 1 pr. 42, 8) mediante l'aggiunta 'vel ei cui de ea re actionem dare oportebit' alle parole 'curatori bonorum'. Secondo l'opinione difesa dal Dernburg, e accolta fin qui dallo stesso Lenel, i due mezzi si sarebbero riferiti l'uno, quello dell'editto rammentato nel cit. fr., al caso della *bonorum distractio*; l'altro, quello interdittale, alla *bonorum venditio*. Il Lenel ritiene oggi invece che ambedue si riferissero soltanto alla *bonorum venditio*. I due mezzi si differenziavano dunque in ciò solo, che la *restitutio* accordavasi al *curator bonorum* come rappresentante gli interessi di tutta la massa dei creditori, l'interdetto invece ad ogni singolo creditore. Se questa è la natura e il rapporto tra i due mezzi forniti dal diritto classico, qual mezzo giuridico è quello cui vien dato il nome di *actio Pauliana*? Il Lenel con succinta e rigorosa analisi dei testi dell'editto dimostra come l'unica *actio in personam* che possa corrispondere alla *pauliana*, menzionata del resto solo rarissime volte nelle fonti, è l'*actio arbitraria ex interdicto*. Ma quando Giustiniano sostituì ai due distinti mezzi di impugnativa l'unica azione da lui introdotta, tanto Teofilo quanto, forse sulle sue orme, anche altri bizantini trasportarono su questa il nome di *pauliana*, onde fu pure con questo nome indicata l'azione rescissoria che compare nelle Istituzioni.

Charles Appleton. *Le testament romain, la méthode du droit comparé et l'authenticité des XII tables* (Extr. de la *Revue génér. du droit*, 1902-903, augmenté de nouvelles observations sur la question des XII tables) - Paris, Fontemoing, 1903, pag. 148. — In un precedente scritto apparso nella stessa rivista sotto il titolo *Le droit comparé appliqué à la reconstitution du droit romain ancien. Le testament* l'Appleton aveva già fatto la critica alle idee esposte dal Lambert intorno alle origini del testamento romano nella sua *Tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*. In questo l'A. riprende con più ampia discussione l'argomento, e poichè la questione ha un intimo rapporto con quella circa l'autenticità delle XII tavole, risolveva il dibattito che la tesi del Pais, sostenuta in Francia principalmente dal Lambert, ha diviso gli storici del diritto romano. L'Appleton è, com'è noto, nella questione delle XII tavole, un difensore della tradizione: l'attribuzione di esse a sesto Elio, voluta dal Lambert, è a suo avviso insostenibile. E innanzi tutto dev'esser combattuto il metodo comparativo, sul quale quegli si fonda: esso implica da un canto una grande uniformità di evoluzione tra i vari diritti che si pongono a raffronto, non tien conto abbastanza, dall'altro, delle attitudini diverse che ciascun popolo può avere ed ha nel crearsi le proprie istituzioni e dello sviluppo anormale che certe istituzioni possono su-

bire nella storia d'un popolo. Ciò posto la tesi del Lambert che il vero testamento romano non apparisce in Roma se non alla fine del sesto secolo col testamento *per aes et libram*, siccome trasformazione della *mancipatio familiae*, sembra all'Appleton basata su criteri fallaci. Rimontando alla forma più antica del testamento, quello comiziale e *in procinctu*, l'A. dimostra come il testamento comiziale sia un vero testamento rispetto a due dei criteri fissati dal Lambert, cioè trasmissione del patrimonio senza creare parentela nè comproprietà attuale. Ma esso soddisfa anche al terzo criterio, è cioè una volontà autonoma, perocchè l'approvazione dei comizi diviene una pura forma, forse per l'influenza esercitata su di esso dal test. *in procinctu*, che ha origine contemporanea. La *mancipatio familiae*, di origine antichissima, non diviene testamento, sebbene ancora imperfetto, che a un certo punto della sua evoluzione, allorché cioè l'acquisto a favore dell'*emptor* è fissato al giorno della morte del *de cuius*. Ma l'assimilazione completa della *mancipatio familiae* al testamento comiziale per quel che riguarda i loro effetti, non ha luogo che più tardi, dopo la riforma di Coruncanio, quando all'erede del testamento comiziale fu assimilato il principale beneficiario della *mancipatio familiae*. Dalla *mancipatio familiae* però il *testamentum per aes et libram* non toglie che le forme: le regole fondamentali di esso sono appunto quelle del

testamento comiziale: posteriore forse alla metà del quinto secolo, esso è certamente anteriore alla seconda metà del sesto. Ricondurre adunque il vero testamento alla fine del sesto secolo di Roma è, secondo l'A., un anacronismo del quale l'Appleton accusa il metodo comparativo adottato dal Lambert. Questo metodo può senza dubbio recare grandi vantaggi agli studi storico giuridici, suggerendo nuove ricerche e soprattutto servendo come mezzo di controllo; ma di fronte alle testimonianze tradizionali conservate nella storia del diritto romano, l'Appleton è d'avviso ch'esso debba senz'altro passare in seconda linea e non possa autorizzare la costruzione di teorie che sono in contraddizione con quelle testimonianze.

Edouard Lambert. *Le problème de l'origine des XII tables. Quelques contributions empruntées à l'histoire comparative et à la psychologie des peuples*. (Estr. dalla *Revue générale du droit*, 1902, pag. 60) — Tornando sull'argomento già trattato ne' suoi precedenti scritti e rispondendo alle critiche mossegli in particolar modo dall'Appleton, il Lambert si propone di confermare con questo la sua congettura, che il preteso codice decemvirale sia semplicemente una raccolta di vecchie massime di giurisprudenza, compilata da un privato, forse Sextus Aelius Paetus, soltanto al principio del secondo secolo a. C. E la conferma trae dallo studio della

storia comparata e della psicologia collettiva dei popoli, il quale applicato alla istoriografia ufficiale romana dimostra come tutte le disposizioni contenute nelle XII tavole non abbian potuto avere simultaneamente vigore, e come sia inattendibile la leggenda che a mezzo del quinto secolo a. C. il popolo romano abbia pensato e proceduto alla codificazione del suo diritto civile.

Uno degli argomenti più decisivi contro la tradizione è infatti, secondo l'A., la impossibilità che in una stessa epoca vigessero norme di diritto corrispondenti a stadi lontanissimi e opposti di cultura e di sviluppo del senso giuridico. E in questo campo dev'esser di grande insegnamento l'esempio delle disposizioni, che accordano al creditore il diritto di dividersi il corpo del debitore (corrispondenti ad uno stato affatto primitivo di civiltà) poste accanto alle disposizioni sulle associazioni e sui funerali, le quali denotano uno stadio assai più avanzato. Non persuade il Lambert la spiegazione data dall'Appleton, che cioè le disposizioni aventi carattere brutale e selvaggio costituissero nel codice decemvirale un semplice ricordo storico, *de simples survivances*, disposizioni cioè cadute in desuetudine e senza più alcuna applicazione pratica. Perché, si chiede l'A., avrebbero i decemviri nel preparare un'opera legislativa introdotto nel loro codice delle norme ormai non più in vigore? Per contrario, le disposizioni che presentano un carat-

tere più moderno, son tratte evidentemente dal diritto ateniese: ma poichè alla leggenda dell'ambasciata in Grecia non si può prestar fede e d'altro lato non si potrebbe nel quinto secolo concepire una infiltrazione del diritto greco nel diritto romano per effetto di relazioni strette tra i due paesi, essendo impossibile ammettere in quel periodo antico la esistenza di relazioni siffatte tra Roma ed Atene, è giuoco forza scendere assai più giù ed arrivare al principio del secondo secolo, nel qual periodo i rapporti tra le due città effettivamente vi furono e la influenza della civiltà greca sulla latina si fece praticamente ed efficacemente sentire. Questa influenza si può, nelle XII tavole, colpire anche nella forma esteriore di divisione in tavole, forma di uso proprio della Grecia, e nel metodo di esposizione delle singole norme. La regola che vieta il seppellimento dei cadaveri nell'interno delle città, quella che proibisce il lusso smodato dei funerali contraddicono fortemente allo stato sociale in cui Roma trovavasi nel quinto secolo, e non possono concepirsi che nel periodo posto tra il 260 e il principio del secondo secolo. Questi risultati sono del resto largamente confermati dal confronto con tutti gli altri popoli antichi: i codici più famosi e più antichi non fàron mai il prodotto di un solo uomo o di un corpo legislativo, ma rappresentano sempre una raccolta di norme e di adagi giuridici formatisi nel corso di più secoli e

per opera di moltissime generazioni.

E la conclusione a cui quei risultati conducono si è che d'ora innanzi occorre, per la retta interpretazione dell'antica storia del diritto di Roma, una profonda radicale trasformazione nei metodi di ricerca: occorre, per il periodo che precede la recezione della cultura greca in Roma, sostituire ai metodi propri dei periodi storici quello che il Lambert chiama *la méthode des survivances*, accompagnata dal metodo comparativo, indispensabile al buon funzionamento di quella.

B. Kübler. *Privatrechtliche Kompetenzen der Volkstribunen in der Kaiserzeit*. (Bstr. dalla *Festschrift zu Otto Hirschfelds 60. Geburtstage*. - Berlin, Weidman, 1908, pag. 12). — In questo scritto, dedicato a Otto Hirschfeld, in onore del suo sessantesimo genetliaco, l'illustre autore ricerca quali fossero ancora nel periodo imperiale le funzioni del tribunato del popolo. Si era ritenuto fin qui che quella istituzione col sopraggiungere dell'impero si fosse senz'altro ridotta ad ombra vana e senza alcun contenuto, nè si era badato che conservandosi essa fino al quinto secolo, una qualche attività aveva pur dovuto spiegare. E l'ebbe infatti, cambiando il suo primitivo contenuto, nel campo del diritto privato, nel quale mercè il sussidio di alcuni frammenti, interpretati al lume della nuova critica, può constatarsene in modo sicuro la competenza. Così è fuor

di dubbio che i tribuni abbiano esercitato un potere nella nomina dei tutori, almeno fino al tempo di Ulpiano, i cui fr. del Digesto 3, 1, 3 pr. e 46, 7, 3, 5, furono modificati dai compilatori che al *tribunorum* sostituirono *tutorum*, come già aveva notato il Lenel, *Paling. Ulp.* 290 e 1704. Similmente è da dirsi della enigmatica *stipulatio tribunicia*, rammentata dallo stesso Ulpiano nelle *regulae VII*, 3. Altro esempio di competenza dei tribuni in materia di diritto privato si ha nel caso dell'azione che il maestro, il medico, il difensore spiegano per ottenere il pagamento dell'onorario convenuto: l'azione s'intenta in processo straordinario davanti al preside nelle provincie, davanti ai tribuni a Roma (Giovenale 7, 228). Da ultimo, come protettori e difensori della libertà, i tribuni hanno competenza anche in materia di *auctoratio*, perocchè l'*auctoratio* se non è precisamente pel gladiatore la perdita della libertà, è tuttavia qualcosa che molto vi si avvicina. Questi casi di attività dei tribuni in materia civile non sono molti invero; ma è anche assai probabile ch'essi non sieno tutti, quando si pensi al proposito che i compilatori dovettero avere, di sopprimere nella loro opera ogni accenno a siffatta competenza del tribunato popolare, che non poteva ormai aver altro valore fuorchè quello di un puro ricordo storico.

Rudolf Leonhard. *Der Schutz der Ehre im alten Rom*. Rede

gehalten am 15 Oktober 1902 bei dem Antritte des Rektorats an der Universität Breslau - Breslau, M. u. H. Marcus, 1902, in-8 p. 49. — La forma di discorso inaugurale data a queste ricerche del professore Leonhard sul concetto e sulla protezione dell'onore dell'antica Roma, non toglie ad esse il carattere di una vera e propria indagine scientifica, esposta in modo facile e piacevole. Il concetto dell'onore, siccome è inteso nei tempi moderni, è sconosciuto alla più antica civiltà romana; la prima forma di protezione giuridica di esso si estrinseca come repressione di atti positivi che ledono la persona. Solo più tardi, mercè l'editto del pretore, si manifesta il principio che vuol punire l'offesa; ma la punizione è stabilita volta per volta, poichè l'editto non contiene la enumerazione dei casi in cui devesi riconoscere che vi fu offesa: è il pretore che caso per caso riconosce se la ingiuria vi è stata e la reprime secondo la sua maggiore o minor gravità. La definizione di Callistrato, l. 5 § 1 D. 50, 13: « Existimatio est dignitatis in laesa status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur » dà il concetto dell'onore, secondo i giuristi romani: l'*existimatio* di cui parla Callistrato è l'onore giuridicamente protetto con l'azione d'ingiuria, non è quello protetto da altra pena o comunque l'onore che non ha bisogno di protezione. Altra cosa è dunque la estimazione di cui

alcuno gode presso i suoi simili, altra l'onore. L'autore chiude con un esame sommario della legislazione attuale tedesca sulla materia, confrontando le singole disposizioni e il carattere generale della legislazione con le disposizioni e il carattere della legge romana, sia per quel che riflette i concetti fondamentali, sia per quel che si attiene alla misura delle pene (assai più miti) che la legge moderna commina: il che si spiega col fatto che è maggiore e più raffinata la sensibilità moderna e la pena, sebbene più lieve, è più intensamente sentita.

Salvatore Di Marzo. *Sulla l. 16 pr. D. 33, 8* (Estr. dalla *Temi Siciliana*, anno II, fasc. 6). — Messina, 1903, pag. 7. — L'A. prendendo occasione dall'esame fatto dall'Affolter (*Zeitschr. der Sav.-Stift.* XXIII, pag. 61 segg.) della regola 'nemo ipse in suo peculio intellegi potest' dettata da Africano nelle ll. 38 § 2 D. 15, 1 e 16 § 1 D. 33, 8, si sofferma e studia il pr. della seconda legge e vi scopre tracce di interpolazioni e rimaneggiamenti dei compilatori non avvertite fin qui da altri. La mancanza di qualsiasi motivazione per la soluzione data al caso contenuto nella seconda parte ('quod si Pamphili peculium non sufficiat, tunc ex peculio Stichii non ultra pretium Pamphili deduci debere') di fronte all'ampia motivazione data all'altro contenuto nella prima parte e a quello del § 1, e vari indizi formali (quidem... quod si) fanno all'A. ritene-

re che il fr. genuino non contemplasse che il peculio del servus ordinarius. Il responso sarebbe quindi da ricostruirsi presso a poco così: 'Stichus habet in peculio... quaesitum est, an quod Pamphili nomine praestitum sit, ex

peculio Stichi deducendum sit. respondit non ultra pretium Pamphili deduci debere, etiam si eum noxae dedere expedisset: quidquid enim pro capite vicarii praestitum sit, in eo Stichum debitorem domini constitui'.

R. DE RUGGIERO.

APPUNTI

SULLA

DOTTRINA DELLA CAUSA LUCRATIVA

I.

È noto che la distinzione fra causa lucrativa e causa non lucrativa ¹⁾ viene comunemente attribuita a Salvio Giuliano. In fatti i testi, che la ricordano o la suppongono, sono di lui o di giureconsulti posteriori. E anzi le Pandette offrono vestigia di una dottrina più antica, che sconosce del tutto quella distinzione. Così nel fr. 45 pr. de leg. I Pomponio riferisce: « Si a substituto pupilli ancillas tibi legassem easque tu a pupillo emisses et antequam scires tibi legatas esse alienaveris, utile legatum esse Neratius et Aristo et Ofilius probant ». Ora le considerazioni già fatte su questa legge, specialmente dal Ferrini ²⁾ e dal Salkowski ³⁾, mettono in grado di affermare, che Ofilio, Aristone e Nerazio, senza punto distinguere fra acquisto a titolo oneroso e acquisto a titolo gratuito, doveano ritenere, che il legatario, il quale avesse acquistata la cosa legatagli, non avrebbe avuto in genere diritto al legato. E lo stesso Pomponio del resto nel fr. 29 pr. (21, 2) in-

¹⁾ La espressione « causa onerosa » non si trova nelle fonti, denotando *onerorum* negli scrittori romani solamente ciò che è incomodo e grave. V. PAUL., *Sent.*, IV, 1, 1: « ... quia non ex lucrativa causa testamento aliquid coepit... »; § 6 (2, 20): « ... si quidem ex causa emptionis...: si vero ex causa lucrativa... »; fr. 108 § 4 de leg. I: « ...: si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit... »; fr. 73 de leg. II: « ... responsum est non ex causa lucrativa partum intellegi meum factum... »; fr. 19 (44, 7): « ... porro cum creditor vel emptor ex lucrativa causa rem habere coeperit..., sicut ex contrario qui non ex causa lucrativa rem habere coepit... »

²⁾ *Teoria generale dei legati e dei fidecommissi*, pag. 610 e seg.; *Intorno al « concursus causarum lucrativarum »*, nei *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, vol. XXIV, 1891, pag. 330.

³⁾ *Die Vermächtnissforderung und die Vermächtnissklagen*, p. 144 e segg.

segna: « Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse quod Nerva respondisset posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius aiebat, quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem haberem ». Mentre Nerva ancora opinava ch'era dovuto il prezzo al venditore, sebbene il compratore avesse acquistato il dominio della cosa con un nuovo contratto a titolo oneroso, Celso, per confutare questo insegnamento, non poneva affatto in rilievo, che l'acquisto era avvenuto *ex causa* onerosa, ma notava soltanto, ch'era avvenuto *ex alia causa*. Evidentemente e Nerva e Celso ignoravano la distinzione suddetta.

Ma sopra ciò è inutile insistere. Piuttosto è da avvertire, che i frammenti di Giuliano, nei quali da prima apparisce la distinzione fra causa lucrativa e causa non lucrativa, non serbano traccia di una dottrina anteriore. Non occorre in essi un solo accenno ad altra teorica preesistente: anzi i nuovi principi spesso presentano la veste di norme antiche e comuni¹⁾.

Fr. 17 (44, 7); l. XXXIII *digestorum*: « Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset ».

Fr. 82 pr. de leg. I; eod.: « Si ex stipulatione mihi Stichus debeat et is, cum sub condicione alii legatus esset, factus fuerit meus ex causa lucrativa, nihilo minus existente condicione ex stipulatu agere potero ». § 4: « Si legatum mihi est quod ex Pamphila natum erit, ego Pamphilam mercatus sum et ea apud me peperit, non possum videri partum ex causa lucrativa habere, quia matrem eius mercatus sum: argumentum rei est, quod evicto eo actio ex empto competit » § 6: « Cum mihi Stichus aut Pamphilus legati fuissent duorum testamentis et Stichum ex altero testamento consecutus fuisssem, ex altero Pamphilum petere possum, quia et si uno testamento Stichus aut Pamphilus legati fuissent et Stichus ex causa lucrativa meus factus fuisset, nihilo minus Pamphilum petere possem ».

Fr. 19 (44, 7) l. LXXIII *digestorum*: « Ex promissione dotis: non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intellegitur, qui dotem petit. porro cum creditor vel emptor ex lucrativa causa rem habere coeperit, nihilo minus integras actiones reti-

¹⁾ Così anche KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1, pag. 836.

nent, sicut ex contrario qui non ex causa lucrativa rem habere coepit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere».

Nè traccia della vecchia dottrina, debellata da Giuliano, si rinviene nelle opere dei giureconsulti coevi o posteriori, che seguon tutti la nuova teorica, eccetto Pomponio¹⁾. Da tale punto di vista anche il celebre fr. 108 § 4 de leg. I di Africano riesce ben poco istruttivo²⁾:

l. V. *quaestionum*: «Stichum, quem de te stipulatus eram, Titius a te herede m'hi legavit: si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit, utile legatum esse placebat, sin e duabus, tunc magis placet inutile esse legatum, quia nec absit quicquam nec bis eadem res praestari possit».

Si osservi d'altra parte che Pomponio, e nel fr. 45 pr. de leg. I e nel fr. 29 pr. (21, 2), nulla dice che attesti in qualche modo il sorgere di nozioni diverse. Strano silenzio! Giuliano non accenna alla dottrina che respinge, ma che Pomponio ancora insegna; Pomponio non mostra di aver notizia delle idee di Giuliano; i classici coevi e posteriori non ricordan mai le antiche regole, che pure tanto differivano dalle recenti. Si aggiunga, che nessun giureconsulto richiama in tale materia l'autorità di Giuliano.

Chi poi, non persuaso della importanza degli argomenti addotti, amasse dir prevenute queste considerazioni, avrebbe ancora da meditare, confrontando le due leggi che seguono, ricavate l'una dal l. VI *ad Sabinum* di Pomponio e l'altra dal l. XXX *digestorum* di Giuliano.

Fr. 16 pr. (45, 1).

Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas et alter ex eis meus factus sit *ex aliqua causa*, reliquum debetur mihi a te.

Fr. 82 § 6 de leg. I.

...si uno testamento Stichus aut Pamphilus (mihi) legati fuissent et Stichus *ex causa lucrativa* meus factus fuisset, nihilo minus Pamphilum petere possem.

Ma è proprio da credere, che in modo così netto e deciso avrebbe Giuliano esposta una regola nuova, e insegnata Pomponio una dot-

¹⁾ V. fr. 7 § 3 (6, 2); fr. 13 § 15 (19, 1); fr. 73, fr. 87 pr., fr. 88 § 7 de leg. II; fr. 21 § 1 de leg. III; fr. 4 § 14 (40, 1); fr. 4 § 29 e § 31 (44, 4); fr. 83 § 6, fr. 98 pr.; (45, 1); fr. 12 § 18 (49, 15).

²⁾ Contro ARNDTS, *Die Lehre von der Vermächtnissen*, vol. I, pag. 250, nota 1. v. Hofmann, *Die Obligation*, pag. 10.

trina che tramontava? In ogni caso non sorprende forse, che qui si tacciono reciprocamente le due teoriche? Certo è, che mentre manca un indizio, il quale possa davvero costringere ad attribuire a Giuliano la distinzione fra causa lucrativa e causa non lucrativa, vacilla il criterio cronologico, su cui unicamente ha base la opinione comune.

II.

Nelle fonti pregiustiniane dell'epoca classica la voce *lucrativus* occorre ben di raro¹⁾. Tre volte si trova nelle Istituzioni giuliane:

II, 56: « Haec autem species possessionis et usucapionis etiam *lucrativa* vocatur »;

II, 57: « Sed hoc tempore iam non est *lucrativa* »;

II, 60: « quo casu *lucrativa* usucapio competit ».

Ma in questi brani, com'è evidente, ha senso improprio. E lo stesso Gaio in fatti alla notizia del § 56 aggiunge: « nam sciens quisque rem alienam lucri facit ». Ora quel significato la nostra voce non ebbe di sicuro nella dottrina della causa lucrativa.

In senso tecnico la rinvengo tuttavia più volte nella *Sententiae* di Paolo. Una volta è adoperata nella frase, non molto felice, *lucrativae rei possessor*:

V, 11, 5: « Invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur, nec eo nomine, si promiserit, oneratur, quia *lucrativae rei possessor* ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur ».

Due volte occorre addirittura nella forma *ex causa lucrativa*, *ex lucrativa causa*:

II, 17, 8: « Fundum alienum mihi vendidisti: postea idem *ex causa lucrativa* meus factus est: competit mihi adversum te ad pretium recuperandum actio ex empto »;

¹⁾ Limito le mie indagini alle fonti giuridiche. Del resto il FERRINI (*Intorno al concursus* etc., pag. 329), per accertare che i *veteres* non conobbero la distinzione fra causa lucrativa e causa non lucrativa, osserva che *lucratus* è epiteto non usato forse che nella latinità argentea. « Assai dubbia è la lezione in Cicerone, *ad Att.*, 7, 11 (dove l'edizione romana, ad esempio, ha *Lucretino*). Alquanto dubbia è pur quella in QUINTILIANO, *Instit. or.*, 10, 7, 27. Cfr. però FRONTO, *ad Ant. imp.*, 2, 2, pag. 105 ».

IV, 1, 1: « Ab uxore, cui vir dotem praelegavit, fideicommissum relinqui non potest, quia non *ex lucrativa causa* testamento aliquid capit, sed proprium recipere videtur ».

Queste espressioni intanto vanno proprio attribuite a Paolo? Sarebbe certo intempestivo l'accingersi subito ad una indagine così delicata. Giova però fermare, che le riscontriamo in testi che potrebbero essere in parte alterati.

Nel Codice Teodosiano poi *lucrativus* è epiteto non troppo frequente e non usato prima della seconda metà del IV secolo:

L. 1 de saccariis 14, 22; Valentinianus et Valens, a. 364: « Omnia, quaecunque advexerint privati ad portum urbis aeternae, per ipsos saccarios vel eos, qui se huic corpori permiscere desiderant, magnificentia tua iubeat comportari, et pro tempore varietate mercedes, considerata iusta aestimatione, taxari, ita ut, si claruerit, aliquem privatum per suos adventicias species comportare, quinta pars eius speciei fisco *lucrativa* vindicetur »;

L. 10 de pistorib. 14, 3; Idem, a. 365(?): « Libertini, qui a dominis cuiuscunque honoris aut meriti aliquid testamento vel donatione meruerunt, si aliquam pistrinis obnoxiam consecuti sunt pistorum corpori copulentur. Si vero libera ab hoc nexu iisdem sunt corporibus derelicta, catabolensium necessitatibus obsequantur. Quin etiam si qui ex his aliis se corporibus crediderint inserendos, ab his incunctanter abstracti ei, cui hac lege sociati sunt, muneri deputentur. Si autem a clarissimis viris aliquos acceperint fundos, sic praedicto corpori pareant, ut glebae, ex qua *lucrativa* sunt corpora, nullum praeiudicium comparetur »;

L. 1 si provinciae rector 3, 6 (cfr. L. 1 Cod. Iust. 5, 2); Gratianus, Valentinianus et Theodosius, a. 380: « Si quis in potestate publica positus atque honore administrandarum provinciarum, qui parentibus aut tutoribus aut curatoribus aut ipsis, quae matrimonium contracturae sunt, potest esse terribilis, sponsalia dederit, iubemus, ut deinceps, sive parentes, sive eadem mutaverint voluntatem, non modo iuris laqueis liberentur poenaeque expertes sint, quae quadruplum statuit, sed extrinsecus data pignora *lucrativa* habeant, si ea non putent esse reddenda »;

L. 173 § 3 de decurionib. 12, 1 (cfr. L. 1 § 3 Cod. Iust. 10, 22); Honorius et Theodosius, a. 410: « Quod et circa hos optimum est cu-

stodiri, quibus *lucrativae* facultates ex bonis curialium obvenerunt. ut et ipsi fructu provisionis simillimae potiantur ».

Anzi nel Codice Teodosiano la forma *ex lucrativa causa* occorre da prima in leggi del secolo v:

L. 16 § 3 de agentib. in reb. 6, 27; Honorius et Theodosius, a. 413: « Sed his addimus, ut, si quis *ex lucrativa causa* de substantia aliquid perceperit curialis, pro contingenti portione onera, quae huiusmodi facultates sequuntur, et universas descriptiones sustineat »;

L. 1 de imponenda lucr. descr. 12, 4; Theodosius et Valentinianus, a. 428: « Hi, qui *ex lucrativa causa* possessiones detinent, quae aliquando curialium fuerint, pro singulis earum iugis et capitibus quaternas siliquas annuas ordinibus nomine descriptionis exsolvant: etc. ».

Largamente invece adopera il vocabolo *lucrativus* la Nov Theod. 22, 2 (cfr L. 1 Cod. Iust 10, 36) del 443:

§ 12: « ... *lucrativis* iugationibus... »; § 14: « *Lucrativas* vero res eas tantum volumus appellari... »; § 15: « Inter vivos etiam donatio simplici liberalitate confecta *lucrativae* merebitur et nomen et sarcinam. Si vero., nec inter *lucrativas* numerabitur... »; § 16: « Res vero, quae memoratis causis *lucrativae* semel nomen exordiumque sortita est, ... contraque, si cuiuslibet contractus exordio *lucrativae* nomen evaserit. conditionem et onus merebitur *lucrativae* .. ».

Nondimeno nel Codice Giustiniano la frase *ex lucrativo titulo* apparisce in un rescritto del 293:

L. 5 de rev. his q. p. fr 7, 75; Diocletianus et Maximianus: « Ignoti iuris non est adversus eum, qui sententia condemnatus intra statutum tempus satis non fecit nec defenditur, bonis possessis itemque distractis per actionem in factum contra emptorem, qui sciens fraudem comparavit, et eum, qui *ex lucrativo titulo* possidet, scientiae mentione detracta creditoribus esse consultum ».

Ma due circostanze diverse concorrono a render dubbio che quella frase fosse proprio nel testo genuino del rescritto. Ed in vero da un lato è certo che i compilatori non trascrissero senza qualche mutamento la costituzione in esame ¹⁾, e dall'altro nel Codice Giustiniano

¹⁾ V. da ultimo SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, pag. 14.

non trovo più la voce *lucrativus* in leggi anteriori alla fine del secolo IV. Ora se tali considerazioni si pongono in rapporto con le ricerche che abbiamo fatte, non si può con fiducia credere tanto remota la origine della forma *ex lucrativo titolo*. Del resto pure qui non intendo che fermare un sospetto, da discutere convenientemente in seguito.

Le altre leggi poi del Codice di Giustiniano, che adoperano il vocabolo *lucrativus*, provengono, a tacer di quelle di costui, dal Codice di Teodosio II o dalle sue Novelle, come volta per volta abbiamo già notato. Non è ad ogni modo inutile ripetere, che la più antica di queste leggi è la c. 1 (5, 2) del 380. E si avverta che la rubrica « de imponenda *lucrativis* descriptione » del tit. 36, lib. 10 Cod. Iust. fu ricavata da quella del tit. 4, lib. 12 Cod. Th.

Giustiniano in fine usa più volte la voce *lucrativus*:

L. 22 pr Cod. 1, 2: « Sancimus res ad venerabiles ecclesias vel xenones vel monasteria vel ptochotrophia vel brephotrophia vel orphanotrophia vel gerontocomia vel si quid aliud tale consortium descendentes ex qualicumque curiali liberalitate sive inter vivos sive mortis causa sive in ultimis voluntatibus habita *lucrativorum* inscriptionibus liberas immunesque esse »;

L. 1 § 5 Cod. 7, 31: « ... quod in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet *ex titulo lucrativo* ea coepta est »;

L. 11 Cod. 7, 33: « Super longi temporis praescriptione, quae ex decem vel viginti annis introducitur, perspicuo iure sancimus, ut, sive ex donatione sive *ex alia lucrativa causa* bona fide quis per decem vel viginti annos rem detinuisse probetur, adiecto scilicet etiam tempore prioris possessoris, memorata longi temporis exceptio sine dubio ei competat nec occasione *lucrativae causae* repellatur ».

Riunendo i vari risultati è lecito dunque concludere, che le fonti, escluse le Istituzioni e le Pandette, mentre lascian dubitare che l'epiteto *lucrativus* non sia stato adoperato dai giuristi classici, almeno nel senso che a noi importa, mostran che l'uso ne divenne continuo dalla seconda metà del IV secolo in poi. E proprio ciò era necessario intanto chiarire.

III.

Pure a me sembra, che la gravità delle conseguenze, verso le quali si dirige la nostra ricerca, debba consigliar di procedere con ogni cautela. Ma altri indizi fanno palese che tanta prudenza è forse eccessiva.

Il fr. 87 pr. de leg. II, ricavato dal l. XIV *responsorum* di Paolo, insegna:

Titia Seio tesseram frumentariam comparari voluit post diem trigessimum a morte ipsius. quaero, cum Seius viva testatrice tesseram frumentariam *ex causa lucrativa* habere coepit nec possit id quod habet petere, an ei actio competat. Paulus respondit ei, de quo quaeritur, pretium tesserae praestandum, quoniam tale fideicommissum magis in quantitate quam in corpore consistit.

Generalmente si ritiene, che presupposto della *ratio dubitandi* sia qui il fatto che l'acquisto avvenne *ex causa lucrativa*. Ciò si desume dalla lettera del fr., e risulta conforme alla comune dottrina del *concursum causarum*. Si dice: « Avendo il legatario acquistata *ex causa lucrativa* la tessera frumentaria, importava sapere, se si dovessero applicare le norme sul legato di specie o quelle sul legato di quantità: nel primo caso il legatario non avrebbe avuto azione, appunto perchè avea acquistata la tessera senza subire alcuna perdita; nel secondo in vece avrebbe avuto tuttavia diritto alla *aestimatio* ». Però tale esegesi è in buona parte arbitraria. Se in fatti si considera quel brano con diligenza, si rileva che viene attribuito a Paolo un ragionamento, cui egli non accenna. Il giureconsulto non tace la *ratio dubitandi*. Essa è scolpita nelle parole « nec possit id quod habet petere ». Si domandava dunque se al legatario spettasse azione, nel dubbio che considerandosi la tessera frumentaria come *corpus*, quegli non potesse chiederla perchè cosa già sua ¹⁾. Ma se ciò è vero, è d'uopo riconoscere, che dava origine alla incertezza il fatto dell'acquisto, e non il carattere speciale di esso. Perocchè non può *id quod habet pe-*

¹⁾ Su questo punto giova confrontare PERNICE, *Parerga*, nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, R. A., vol V (1884), pag. 100. V. anche KARLOWA, op. cit., II, I, pag. 838 e segg.

tere tanto chi ha acquistato *ex causa lucrativa*, quanto chi ha acquistato *ex causa onerosa*. E Paolo senz'altro risponde, che il legatario ha diritto alla *aestimatio*, dovendosi il legato di una *tessera frumentaria* trattare come legato di quantità, e non come legato di specie¹⁾ Ora questa ratio decidendi, intesa tutta a chiarire in che modo qui non vada applicato il principio che nessuno può *id quod habet petere*, conferma evidentemente la nostra esegesi. Essa intanto rende molto sospetta la frase « *ex causa lucrativa* », che turba il senso della ratio dubitandi e non trova rispondenza nel resto del fr. Tale espressione sembra proprio inserita per costringere il brano ad una dottrina diversa da quella che Paolo insegnava.

A conclusioni identiche conduce l'esame del fr. 88 § 7 de leg. II, tratto dal l. III *responsorum* di Scevola. Il testatore avea imposto ai sostituti pupillari, nell'ammontare del doppio, i legati già ordinati a carico del pupillo: « *quaecumque primis tabulis dedi, eadem omnia ab heredibus quoque heredis mei in duplum dari volo* ». Riferisce il testo nella parte che c' interessa:

Quaero, cum corpora legata etiam nunc *ex lucrativa causa* possideantur, an a substitutis peti possint. respondi non posse.

Due interpretazioni diverse si diedero a questo brano. Secondo alcuni²⁾ la frase « *ex lucrativa causa* » sta a significare « *ex alia causa lucrativa* », secondo altri³⁾ qualifica soltanto l'acquisto fatto per il legato a carico del pupillo. La prima interpretazione non è punto probabile, se si ha riguardo al tenore di tutto il § 7. Però quella incertezza sul significato della frase « *ex lucrativa causa* », vale non poco come indice di disarmonia nel testo. Anche qui la ratio dubitandi, a giudicar dalle parole « *an a substitutis peti possint* », veniva suggerita dalla regola, che a nessuno è lecito *id quod habet petere*. Anche qui tuttavia occorre la menzione, affatto inopportuna, della natura speciale dell'acquisto. L'attribuiremo ad ingenua loquacità del richiedente, il quale avrebbe inseguito a Scevola, che il legato è causa lucrativa? O riterremo piuttosto, che essa fu inne-

¹⁾ V. fr. 49 § 1 de leg. II (PAUL. *ad leg. Iul. et Pap.*): « cui tessera... legatur, aestimatio videtur legata ».

²⁾ CUIACII *In lib. III responsor. Cerv. Scaev. recitation. solemnes*, ad h. l.

³⁾ V. ARNDTS, op. cit., vol. I, pag. 298 e segg.

stata nel brano con accorgimento, per attenuarne la efficacia e per adattarlo a principi che il diritto classico non conobbe? La scelta non è davvero difficile.

Del resto mi sia ancora concesso di richiamar l'attenzione sul fr. 21 § 1 de leg. III, che proviene dal l. IV *sententiarum* di Paolo:

Fideicommissum relictum et apud eum, cui relictum est, ex causa lucrativa inventum extinguere placuit, nisi defunctus aestimationem quoque eius praestare voluit.

Il brano « nisi... voluit » fu certo aggiunto dai compilatori ¹⁾; ma ciò qui non importa. Qui giova in vece avvertire la singolarità della espressione « (*fideicommissum apud eum, cui relictum est, ex causa lucrativa inventum* ». Nessuno vorrà ascrivere a Paolo le parole « *ex causa lucrativa* », che stanno tanto a disagio!

Inoltre che tali principi non si possono senz'altro ricondurre alla stessa giurisprudenza adrianea, rivela in modo manifesto un'accurata analisi del fr. 108 § 4 de leg. I. che già ricordammo:

Stichum, quem de te stipulatus eram, Titius a te herede mihi legavit: si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit, utile legatum esse placebat, sin e duabus tunc magis placet inutile esse legatum, quia nec absit quicquam nec bis eadem res praestari possit.

Questa legge fu tormentata in varie guise. Gli scrittori, d'accordo nel notare che la voce « *duabus* » deve intendersi nel senso di « due cause lucrative », ma che il passo è senza dubbio corrotto, sono discordi nell'emendarlo. Huschke corregge « *sin e donationis (causa)* », ripreso vivamente dal Ferrini), che emenda « *sin e lu(crativa causa h)abeo* ». Però anche la correzione del nostro compianto romanista non armonizza troppo col contesto. Il Mommsen tenta: « *sin e(um habiturus sum ex causis lucrativis) duabus* », giovandosi del § 5 del medesimo fr.:

Sed si, cum mihi ex testamento Titii Stichum deberes, eundem a te herede Sempronius mihi legaverit fideique meae commiserit,

¹⁾ Cfr. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, pag. 205; PERNICE, *Labo*, II, 1, pag. 268. n. 2. Eppure su questo squarcio fonda il WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 343 a, nota 6) la teorica del *concursum duarum causarum lucrativarum*.

²⁾ Teoria cit., pagg. 615, n. 2, e 633, n. 3.

ut eum alicui restituam, legatum utile erit, *quia non sum habiturus*.

Ma pure questa emendazione non persuade, non essendo punto conforme all'andamento del brano. Seducente quindi può apparire la proposta del Pernice ¹⁾ di tener come triboniano tutto lo squarcio finale « sin e duabus tunc... ». Però essa in realtà non è accettabile. Il Pernice in fatti non considera, che il tenore del § 5 della legge di Africano obbliga a riputare genuino, almeno in parte, il secondo membro del § 4 in esame. Il § 5 presenta lo schema « *sed si... legatum utile erit* », che presuppone l'altro « *si... legatum inutile erit* », offerto appunto dalla chiusa del § 4. Eliminando questa, come il Pernice consiglia, si avrebbe lo schema impossibile « *si... legatum utile erit, sed si... legatum utile erit* ». Non sarebbe poi lecito il sospetto, che i compilatori abbiano modificato l'attacco tra i due paragrafi. E ciò in vero esclude la motivazione del § 5 « *quia non sum habiturus* ». Essa, perchè in rapporto con l'avversativa « *sed* », induce a presumere che nel § 4 il subbietto possa d'altronde conseguir senza vincoli la specie: e proprio tale è la ipotesi ivi enunciata. Bisogna dunque ritenere genuino il passaggio, e sostanzialmente genuino anche il « *placet inutile esse legatum* ». Ma v'ha di più. Nel § 5 il secondo legato in tanto è efficace, in quanto il legatario è in obbligo di restituire la cosa. Mancando questa circostanza, come nella ipotesi del § 4, il legato sarebbe inefficace, appunto perchè il legatario stesso verrebbe ad acquistare l'obbietto, già prima dovutogli dall'onerato. Il § 5 d'altra parte non accenna alla distinzione fra causa lucrativa e causa non lucrativa, mentre il « *si quidem* » e il celebre « *sin e duabus* » del § 4 muovono a supporre che i compilatori abbiano introdotta nel testo una distinzione, alla quale Africano non si riferiva. Ora per tutti quest'indizi non sembra temerario l'asserire, che triboniano è lo squarcio « *si quidem... tunc magis* ». Interpolata si deve conseguentemente riputare la chiusa « *(quia) nec absit... possit* »: ma di ciò discuteremo meglio in appresso.

¹⁾ Op. cit., II, I, pag. 268, n. 3.

IV.

Spero che i risultati ottenuti abbiano in qualche modo chiarito, che è necessario riesaminare con ogni cura i testi di Giuliano, nei quali occorre da prima la distinzione fra causa lucrativa e causa non lucrativa. Speciale importanza ha tra essi il fr. 82 pr. de leg. I :

Non quocumque modo si legatarii res facta fuerit die cedente, ¹⁾ obligatio legati exstinguitur, sed ita si eo modo ²⁾ fuerit eius, quo avelli non possit. ponamus, rem quae mihi ³⁾ pure legata sit, accipere me per traditionem ⁴⁾ die legati cedente ab eo herede, a quo eadem sub condicione alii legata fuerit ⁵⁾; nempe agam ex testamento, quia is status est eius, ut existente condicione discessurum sit a me dominium. nam et si ex stipulatione mihi Stichus debeatur et is, cum sub condicione alii legatus esset, factus fuerit meus *ex causa lucrativa*, nihilo minus *existente condicione* ex stipulatu agere potero.

La regola è dunque: « si legatarii res facta fuerit die cedente, obligatio legati exstinguitur ». Ed in proposito non interessa che l'acquisto sia avvenuto *ex causa lucrativa*, ma soltanto che si tratti di acquisto irrevocabile. Se a me Caio legò puramente *per damnationem* un obbietto, che Tizio *per vindicationem* legò *sub condicione* a Sempronio, io pur avendo, in pendenza della condizione, ottenuta *ex alia qua causa* la proprietà dell'obbietto dall'erede di Tizio, posso sempre convenire *ex testamento* l'erede di Caio. Perocchè con l'avverarsi della condizione la proprietà dell'obbietto va *ipso iure* a Sempronio. Quest'esempio adduce Giuliano senz'accennare affatto ad un acquisto *ex causa lucrativa*, ma gli scrittori ⁶⁾ leggono nel passo anche tale notizia. Il Ferrini ⁷⁾ tuttavia nota che ciò non è lecito: che i principj, offerti qui da Giuliano, solo in tanto si riferiscono

¹⁾ Contro le edizioni che hanno « fuerit, die cedente » v. in seguito « accipere me... die legati cedente ».

²⁾ MOMMSEN: facta *ins.*

³⁾ LENEL: per damnationem *ins.*

⁴⁾ LENEL: mancipio *Iullan.*

⁵⁾ LENEL: per vindicationem *ins.*

⁶⁾ Cfr. ARNDTS, op. cit., vol. I, pag. 262 e seg.

⁷⁾ Op. cit., pag. 611 e segg.

alla teorica del così detto concorso delle cause lucrative, in quanto ne furono i presupposti immediati. E certo nella prima parte del testo in esame non si tien conto di essa. Sorprende quindi la frase « ex causa lucrativa », che si trova di poi. Il Mommsen propone di eliminarla, ma non a torto osserva il Salkowski ¹⁾ che non si capisce il motivo della correzione, con la quale « si viene ad ascrivere a Giuliano una insopportabile trivialità, o una norma erronea se gli si fa insegnare indirettamente, che prima dell'avverarsi della condizione non si può agire *ex stipulatu* ». Si aggiunga, che il nesso fra i due squarci del pr. obbliga a mantenere l'andamento del brano finale. Il nesso medesimo però dimostra in modo abbastanza evidente, che il giurista adrianeo diceva soltanto « ex alia qua causa », e non « ex causa lucrativa ».

Per buona fortuna avvalora tale esegesi anche un'altra considerazione. Secondo la prima parte del nostro testo, chi acquistò il dominio revocabile della cosa dovutagli, può agir subito contro il creditore, senz'attendere la sorte del suo dominio attuale: « nempe agam ex testamento, quia is status est eius, ut existente condicione discessurum sit a me dominium ». Secondo l'ultima parte egli deve in vece aspettare l'evento che lo priva della cosa: « *existente condicione ex stipulatu agere potero* ». Nè giova asserire col Salkowski ²⁾ che questo squarcio « non esprime altro, se non che l'azione in genere sussiste, nonostante l'acquisto dell'obbietto ». Chè troppo chiaro è il valore della frase « *existente condicione* ». Piuttosto l'origine dell'antinomia diviene palese, se si muove dalla ipotesi che i compilatori abbiano sostituite le parole « ex causa lucrativa » alle originarie « ex alia qua causa ». Ed in fatti è lecito allora ritenere pure triboniano l'« *existente condicione* », il quale accentua fuor di tempo il principio, che non si può agire *ex stipulatu* dopo l'acquisto *ex causa lucrativa*. Si tratta di uno dei soliti riguardi inconsulti, suggerito dalla interpolazione precedente.

Con tale specie non va confusa quella del § 1 dello stesso fr. 82:

Si ex bonis eius, qui rei publicae causa aberat, rem usu adquisierim et ea antequam evinceretur mihi legata sit, deinde postea evincatur, recte ex testamento petam eam mihi dare oportere.

¹⁾ Op. cit., pag. 132, n. 52.

²⁾ Op. cit., pag. 127, n. 44.

Qui, come nota l'Arndts¹⁾, si contiene una limitazione alla regola, che è inutile il legato di cosa propria del legatario. Ma d'altra parte il brano, anche per la posizione che occupa nel fr., rivela che pure nel caso, in cui il legatario abbia acquistata in seguito la proprietà dell'obbietto con una usucapione rescindibile, la *obligatio legati* non si estingue.

A maggiori difficoltà dà luogo il § 2:

Fundus mihi legatus est: proprietatem eius fundi redemi detracto usu fructu: postea venditor capite minutus est et usus fructus ad me pertinere coepit. si ex testamento egero, iudex tanti litem aestimare debebit, quantum mihi aberit.

Le Istituzioni (II, 20, § 9) riferiscono in modo diverso quest'insegnamento di Giuliano:

Si cui fundus alienus legatus fuerit et emerit proprietatem detracto usu fructu et usus fructus ad eum pervenerit et postea ex testamento agat, recte eum agere et fundum petere Iulianus ait, quia usus fructus in petitione servitutis locum optinet: sed officio iudicis contineri, ut deducto usu fructu iubeat aestimationem praestari.

Ma Antonio Fabro²⁾ sagacemente avverte, che i compilatori delle Istituzioni attribuirono al giurista adrianeo più di quanto egli espose. Ed in fatti dal confronto tra i due testi risulta, che Giuliano non disse « recte fundum petere », nè aggiunse la motivazione « quia usus fructus in petitione servitutis locum optinet », nè decise « officio iudicis contineri, ut deducto usu fructu iubeat aestimationem praestari ». Indipendentemente dal Fabro, anche il Longo³⁾ non ritiene genuine le parole « quia usus fructus in petitione servitutis locum optinet ». Anzi egli opina, che il passo debba perciò ascriversi tutto ai compilatori giustiniane: « nessuno dei giureconsulti romani (qualora ad uno di essi si volesse attribuire il testo delle Istituzioni) ci avrebbe dato come di Giuliano una ragione che in Giuliano non esisteva ». Ma la conseguenza, se non erro, è un po' affrettata. Ed in vero, per ammettere che la parafrasi del testo di Giuliano derivi da

¹⁾ Op. cit., vol. I, pag. 264, n. 19.

²⁾ *Coniectur.*, VI, 8.

³⁾ La categoria delle « servitutes » nel diritto romano classico, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. XI, pag. 304 e segg.

un'opera classica, come il Ferrini espone¹⁾ ed io penso, non occorre stimar classica pure quella motivazione. Ad ogni modo tale quesito non ha qui grave importanza. A noi piuttosto interessa mettere in luce il valore del rimaneggiamento.

Al passo di Giuliano segue una nota di Marcello:

Idem erit et si partem redemero, pars mihi legata est aut donata: partem enim dumtaxat petere debebo.

Ora il Longo, movendo tuttavia dal presupposto, che i compilatori delle Istituzioni abbiano avuto presente il testo di Giuliano che si trova nelle Pandette, sostiene, che essi inserirono il «quia... locum optinet» perchè il rapporto tra quel testo e la nota di Marcello richiamò alla loro mente il vecchio dubbio, se l'usufrutto costituisse parte del dominio. E anche da tale punto di vista egli spiega «perchè, mentre nel testo giuliano delle Pandette l'azione del legatario è esposta soltanto con le parole: (si) ex testamento egero, nella parafrasi delle Istituzioni si trova resa così: si) ex testamento agat, recte eum agere et *fundum* petere (Iulianus ait): vale a dire si vuole accentuare che il legatario può chiedere tutto il fondo, perchè con l'aver lucrato l'usufrutto non può dirsi ne abbia già ricevuto una parte, essendo l'usufrutto una servitù». Ma tutto questo non mi persuade. Non insisto nel ripetere, che troppo fragile è la ipotesi che sta a base della congettura in esame. Certo però sembra inverosimile, che i compilatori abbiano rimaneggiato il passo di Giuliano semplicemente pel gusto d'insegnare, mentre dicean dei legati, che *usus fructus in petitione servitutis locum optinet*. Non v'ha che un mezzo per chiarire l'enigma: il vedere se quelle interpolazioni rendano sostanzialmente diverso il pensiero del giurista adrianeo.

Si avverta, che mentre Giuliano conclude «iudex tanti litem aestimare debet, quantum mihi aberit», il passo delle Istituzioni riferisce: «officio iudicis contineri, ut deducto usu fructu iubeat aestimationem praestari». La differenza è considerevole. Giuliano decide, che ex testamento spetta all'onorato quanto ha dovuto dare; le Istituzioni in vece riconoscono, che il legatario ha diritto alla *aestimatio deducto usu fructu*. Ora a base della formula di Giuliano si trova

¹⁾ Sulle fonti delle «Istituzioni» di Giustiniano, nel *Bullettino* cit., v. XIII, pag. 161.

evidentemente il riflesso, che solo la nuda proprietà può in un certo senso formare oggetto dell'azione. Non è necessario quindi supporre, che i compilatori abbiano avuta presente la nota di Marcello, per comprendere la origine del rimaneggiamento. Ed esso in tanto si spiega, in quanto l'avvenuta fusione del concetto di usufrutto con quello di servitù portava nella specie ad una regola, che differiva dall'altra, esposta nella parafrasi classica del testo di Giuliano. Costui, ripeto, dice soltanto, per motivi che apprezzeremo meglio in seguito, che il legatario può pretendere « quantum ei aberit ». I compilatori invece ragionano così: « *In petitione* l'usufrutto non vien considerato che quale servitù; dunque il legatario può chiedere il fondo intero, come per conseguirla intera la *aestimatio*; ma il valore dell'usufrutto poi non gli dev'esser prestato, sì che il legatario avrà la *aestimatio deducto usu fructu* ».

Un'avvertenza intanto è opportuna. Nel brano in esame il giurista adrianeo non parla di acquisto *ex causa lucrativa* e di acquisto *ex causa onerosa*, ma di acquisti determinati. Non è perciò lecito generalizzare senz'altro l'insegnamento da lui offerto. E si noti che Marcello mostra proprio d'ignorare quei termini, allorchè oppone al « si partem redemero » la frase « pars mihi legata est aut donata ».

Nel § 4 del nostro fr. 82 è tuttavia riferito:

IULIANUS Quod si legatum mihi est quod ex Pamphila natum erit, ego Pamphilam mercatus sum et ea apud me peperit, *non possum videri partum ex causa lucrativa habere*, quia matrem eius mercatus sum: argumentum rei est, quod evicto eo actio ex empto competit.

Questa decisione loda Papiniano nel fr. 73 de leg. II:

Si quod ex Pamphila nascetur legatum mihi fuerit et ego Pamphilam emam eaque apud me sit enixa, ratione summa responsum est *non ex causa lucrativa* partum intellegi meum factum *ideoque petendum ex testamento, tamquam istum emissem, ut scilicet pretii contributione facta consequar tantum, quanti puerum deducta matris aestimatione constituisse mihi iudex in causa legati datus aestimaverit*.

L'Arndts¹⁾ cerca di chiarire come si possa render tollerabile il costrutto della legge di Papiniano, ma non credo che occorra ormai

¹⁾ Op. cit., vol. I, pag. 317 e seg.

spendere molte parole per dimostrar fondato il sospetto del Pernice¹⁾, che lo squarcio « ideoque ... aestimaverit » appartenga ai compilatori. Tanta dovizia di forme e di vocaboli giustinianei scioglie dall'obbligo di un esame minuto.

Più attento studio non richiede il fr. 12 § 18 (49, 15) di Trifonino:

Si natum ex Pamphila legatum tibi fuerit tuque matrem rede-
meris et ea apud te peperit, *non videri te partum ex causa lucrativa*
habere, sed officio arbitrioque iudicis aestimandum constituto pretio
partus, perinde alque si, quanto mater est empti, simul et partus
venisset.

Anche questa legge si rapporta alla decisione di Giuliano²⁾, ma pure in essa la chiusa « sed ... partus venisset » si appalesa indubitabilmente triboniana³⁾. Il che è di molto rilievo. E in fatti la circostanza, che una stereotipa interpolazione sviluppa e completa il principio che avrebbe esposto il giurista adrianeo, non può non indurre a credere che i compilatori abbiano travisato il principio medesimo. Del resto è ben facile scorgere, che Papiniano dovette dire soltanto « responsum est partum intellegi meum factum », e Trifonino insegnare « videri te partum habere ». Ciò si desume in ispecie dallo squarcio « argumentum rei est, quod evicto eo actio ex empto competit » del fr. 82 § 4 cit. Esso nel cotesto attuale serve a invigorire il « non possum videri partum ex causa lucrativa habere ». Ma non è forse neanche necessario riscontrare il fr. 8 (21, 2), ricavato dal l. XV *digestorum* dello stesso Giuliano⁴⁾, per intendere che quel motivo, ora tanto incongruente, chiariva in origine solo l'affermazione, che il parto era già divenuto del legatario. Il giureconsulto in somma nel § 4 applicava senz'altro la norma, da prima enunciata, « si legatarii res facta fuerit die cedente, obligatio legati exstinguitur ».

¹⁾ Op. cit., II, 1, pag. 270 n. 1.

²⁾ LENEL, *Paltingenesia*, vol. II, col. 357, n. 13.

³⁾ V. già PERNICE, loc. cit.

⁴⁾ « Venditor hominis emptori praestare debet, quanti eius interest hominem venditoris fuisse. quare sive partus ancillae sive hereditas, quam servus iussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest: et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem quem vendidit, ita ea quoque quae per eum adquiri potuerunt praestare debet emptori, ut habeat ».

Tralasciando il § 5, che qui non interessa, leggiamo in fine il § 6:

Cum mihi Stichus aut Pamphilus legati fuissent duorum testamentis et Stichum ex altero testamento consecutus fuisset, ex altero Pamphilum petere possum, quia et si uno testamento Stichus aut Pamphilus legati fuissent et Stichus *ex causa lucrativa* meus factus fuisset, nihilo minus Pamphilum petere possem.

Il passo ci è noto. Già rilevammo infatti che Pomponio nel fr. 16 pr. (45, 1) insegnava invece:

Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas et alter ex eis meus factus sit *ex aliqua causa*, reliquum debetur mihi a te.

Secondo dunque la opinione comune, Giuliano avrebbe recisamente addotto in sostegno del responso, riferito in principio del testo, una regola da lui stesso foggiate. Ciò, a dir vero, mi sembra un po' strano; ma non insisto nell'argomento, perchè in fondo non sarebbe mai decisivo. Gioverà piuttosto rendersi conto del valore intrinseco di quella seconda norma del § 6, indagando soprattutto quale importanza debba attribuirsi alla frase « *ex causa lucrativa* ». Il testo dice che il legatario, nonostante l'acquisto *ex causa lucrativa* di Stico, può chiedere Pamfilo. Ma anche se avesse acquistato Stico *ex causa onerosa*, potrebbe certo chieder sempre Pamfilo. È quindi da notare, che il testo sfugge la espressione più comprensiva *ex aliqua causa* solo allo scopo di mettere in luce, che qui non va applicata la regola sul concorso delle cause lucrative. Ora non è affatto possibile ritenere, che Giuliano abbia avuto riguardo ad essa nel decidere la prima specie. Ed in vero a risolverla bastava senz'altro un semplice richiamo alle norme che in genere governano il legato alternativo. In quella ipotesi, acquistato Stico, è lecito chiedere Pamfilo, appunto perchè nel legato alternativo l'obbligazione si concentra sull'oggetto rimanente, se la prestazione è divenuta impossibile rispetto agli altri obbiettivi. La frase « *ex causa lucrativa* » si rileva perciò completamente inopportuna. Giuliano dovette scrivere come Pomponio, *ex aliqua causa* (o *ex alia qua causa*).

Almeno questa circostanza in conclusione discopre l'esame del fr. 82: e cioè che la formula « *ex causa lucrativa* », la quale in esso

occorre più volte, non appartiene a Giuliano, ma ai compilatori. Tuttavia al giurista adrianeo l'attribuisce ancora il fr. 17 (44, 7):

Omnes debitores, qui speciem *ex causa lucrativa* debent, liberantur, cum ea species *ex causa lucrativa* ad creditores pervenisset.

Il tenore del passo non permette una critica immediata. Ma è da avvertire, che tale fr. fu tratto dal libro XXXIII *digestorum*, e che dal medesimo libro della stessa opera fu tratto il fr. 82. Con questo dunque, come vide il Lenel¹⁾, stava in intimo rapporto nell'originale. Frattanto dal pr. della l. 82 si desume, che Giuliano in quel libro insegnava la regola « si legatarii res facta fuerit die cedente, obligatio legati exstinguitur ». È molto verisimile quindi che in proposito ricordasse addirittura il principio « omnes debitores, qui speciem debent, liberantur, cum ea species ad creditores pervenisset ».

In Giuliano da ultimo la nota espressione si trova nel fr. 19 (44, 7):

Ex promissione dotis: non videtur *lucrativa causa* esse, sed quodammodo creditor aut emptor intellegitur, qui dotem petit. porro cum creditor vel emptor *ex lucrativa causa* rem habere coeperit, nihilo minus integras actiones retinent, sicut ex contrario qui non *ex causa lucrativa* rem habere coepit, eandem non prohibetur *ex lucrativa causa* petere.

Questo brano fu ricavato dal libro LXXIII *digestorum*, che trattava della legge Papia. Anzi il Lenel²⁾ gli premette la rubrica « quae caduca fiant », e così lo dichiara: « concurrente causa lucrativa legatum exstinguitur (nec fit caducum) ». Però tale illustrazione ha base unicamente nel tenore del brano stesso (sola reliquia di quel libro), mentre parecchi indizi giustificano il sospetto, che i commissari abbiano rimaneggiato il testo del giureconsulto adrianeo. Il Ferrini³⁾, pur non dubitando della sincerità del passo, dice strano il « quodammodo creditor aut emptor intellegitur, qui dotem petit ». Egli osserva: « E chi è questo *creditor*? Forse che il marito non è senz'altro credi-

¹⁾ Op. cit., vol. I, col. 402, n. 475.

²⁾ Op. cit., vol. I, col. 476, n. 794.

³⁾ *Intorno al concursus etc.*, pag. 340 e seg.

tore della dote promessa? Forse che non si può essere creditore *ex causa lucrativa*? O deve pensarsi, per analogia all'*emptor*, al creditore che riceve *in solutum* una cosa? » E non meno strana reputa la affermazione, che l'*emptor* acquirente *ex causa lucrativa* mantenga *integras actiones* (« creditor vel emptor... *coeperit*,... *retinent* »). Noi ricordiamo su tale punto i risultati già offerti dallo studio della l. 82 § 2. Mancando intanto il contesto, non si saprebbe come rendere al passo la sua prima forma. È lecito ad ogni modo dedurre dalle indagini fatte, che Giuliano non scrisse l'epiteto « (causa) *lucrativa* », e che i compilatori rimaneggiarono lo squarcio, giusto per adattarlo alla dottrina del concorso di più cause gratuite. Dalla interpretazione del Lenel va dunque certamente detratto l'accento alla natura della causa. Per altro del pensiero di Giuliano forse nulla in sostanza abbiamo perduto. Chè quanto alla dote Pomponio nel fr. 47 pr. (17, 1), riferisce:

Iulianus ait, si fideiussori uxor doti promiserit ¹⁾, quod ei ex causa fideiussoria debeat, nuptiis secutis confestim mandati adversus debitorem agere eum posse, quia intellegitur abesse ei pecunia eo, quod onera matrimonii sustineret.

V.

In pochissimi testi delle Pandette rinvengo ancora la frase « *ex causa lucrativa* ». Li studierò col solito scetticismo per escludere la più lieve incertezza sulla bontà delle conclusioni, che si dovranno fermare.

Dice il fr. 98 pr. (45, 1), tratto dal l. XX *digestorum* di Marcello:

Existimo posse (me) id quod meum est sub condicione stipulari, item viam stipulari ad fundum posse, quamquam interim fundus non sit meus: aut, si hoc verum non est et alienum fundum sub condicione stipulatus fuero isque *ex lucrativa causa* meus esse coeperit, confestim peremeretur stipulatio, et si fundi dominus sub condicione viam stipulatus fuerit, statim fundo alienato evanescent stipulatio, et

¹⁾ LENEL: dixerit Pomp.

maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum recciderunt, a quo non potuissent consistere.

Nel fr. 61 (18, 1), tratto dal medesimo libro di quell'opera, lo squarcio iniziale viene così riferito:

Existimo posse me id quod meum est sub condicione *emere*, quia forte speratur meum esse *desinere*.

Però mentre è sicuro che Marcello nel libro XX *digestorum* si occupava delle stipulazioni ¹⁾, alquanto sospetto apparisce il linguaggio della chiusa di questo brano. Non sembra quindi troppo ardito il credere, che i compilatori stessi abbiano foggato il fr. 61, sostituendo « emere » a « stipulari » nello squarcio iniziale del fr. 98 pr. e soggiungendo il « quia... desinere ». Ciò ad ogni modo non ha per noi interesse. Qui importa considerare il tenore del ragionamento di Marcello nel pr. del fr. 98. Egli rileva, che se non si volesse ammettere la validità della stipulazione condizionale di cosa propria, si dovrebbe ritenere inefficace la stipulazione condizionale di cosa altrui non appena il creditore abbia d'altronde acquistata la cosa *ex lucrativa causa*. Per chiarire dunque vero il principio, che si può stipulare sotto condizione la cosa propria, mostra che dalla negazione di esso consegue una deduzione erronea: che la stipulazione condizionale di cosa altrui venga infirmata dall'acquisto lucrativo della cosa, fatto dal creditore durante la pendenza della *condicio*. In sostanza nota Marcello, che nelle due ipotesi la stipulazione è parimente valida, se *condicionis existentis tempore* la cosa non si trova più nel dominio dello stipulante. Ora da ciò forse non risulta, che inopportuno è l'accento alla causa lucrativa? La negazione della regola, che si può stipulare *sub condicione* la cosa propria, porta a riconoscere la inefficacia della stipulazione condizionale di cosa altrui, pervenuta al creditore durante la pendenza della *condicio*, e nel caso di acquisto gratuito e nel caso di acquisto oneroso. Perocchè nell'una e nell'altra ipotesi obbietto della stipulazione diventa una cosa propria dello stipulante. Marcello quindi non adoperò certo la frase « *ex lucrativa causa* ». Egli dovette usare « *ex alia qua causa* ». Aggiungo che l'Arndts ²⁾, nel-

¹⁾ LENEL, op. cit., vol. I, col. 623.

²⁾ Op. cit., vol. I, pag. 284, n. 55.

l'addurre il brano « et maxime secundum illorum opinionem... » del nostro fr., avverte: « Marcello dice *maxime* non importando, rispetto a tale opinione, ch'io abbia acquistata la cosa *ex lucrativa causa*: chè per essa non potrei in modo alcuno stipular la cosa attualmente mia ». La osservazione è acuta, e a noi fa palese che l'« et maxime » proviene pure dai compilatori.

Non meno istruttivo è il fr. 83 § 6 eod., ricavato dal libro LXXII *ad edictum* di Paolo:

Si rem, quam *ex causa lucrativa* stipulatus sum, nactus fuero *ex causa lucrativa*, evanescit stipulatio. sed si heres exstitero domino, extinguitur stipulatio si vero a me herede defunctus eam legavit, potest agi ex stipulatu: idemque esse et si sub condicione legata sit, quia et, si ipse debitor rem sub condicione legatam dedisset, non liberaretur: sed si condicione deficiente remanserit, petitio infirmabitur.

Si guardi all'ultima ipotesi. Non si estingue la stipulazione se il domino, di cui è divenuto erede lo stipulante, legò sotto condizione la cosa, perchè non libera in genere la *solutio* quando l'obbietto può essere strappato al creditore. Tale motivo spiega a forziori perchè sussiste la obbligazione se allo stipulante, erede del domino, fu imposto di dare a un terzo la cosa. E perciò in tanto quella si estingue se il creditore diventa, senz'altro, erede del domino, in quanto la cosa gli perviene non vincolata: in quanto cioè gli perviene nelle medesime condizioni nelle quali gli dovrebbe essere offerta in pagamento. Qui opera, come ben vede il Ferrini ¹⁾, la dottrina della *solutio*, ma sulla base del presupposto « si rem, quam stipulatus sum, nactus fuero, evanescit stipulatio ». Ed in vero il duplice « *ex causa lucrativa* » del brano in esame non fa che introdurre un limite, logicamente estraneo al contenuto delle norme enunciate in seguito da Paolo. Il fr. del resto non è integro. Il Mommsen propone di leggere in principio « sed *et* si heres... » in vece di « sed si heres... ». E la proposta, non nuova ²⁾, sarebbe da accogliere. Ma segue un « si vero » che l'impersonale « potest agi ex stipulatu » rende sospetto, e poi un « idemque

¹⁾ Op. cit., pag. 335.

²⁾ Cfr. ARNDTS, op. cit., vol. I, pag. 265, n. 20.

esse ». Paolo forse diceva soltanto: « sed si heres exstitero domino, non extinguatur stipulatio si a me herede defunctus eam legavit, et si sub condicione legata sit, quia... ». Ai compilatori si deve ascrivere inoltre lo squarcio finale « sed si condicione deficiente remanserit, petitio infirmabitur ». Singolare è il « remanserit »; la frase « petitio infirmabitur » risponde al « potest agi ex stipulatu »; il pensiero è simile a quello espresso dall'« esistente condicione » del fr. 82 pr. de leg. I.

Nè so tacere di due testi, che pur non riferendosi alla materia, della quale finora trattammo, valgono a convalidare per indiretto le considerazioni fatte. In ogni caso non sarà inopportuno chiarir subito, che la ricerca intorno alle origini della teorica della causa lucrativa ha qualche importanza oltre i confini del tema del *concursum causarum*.

Uno di quei testi è il fr. 7 § 3 (6, 2), ricavato dal libro XVI *ad edictum* di Ulpiano:

Sed et si quis *ex lucrativis causis* rem accepit, habet Publicianam, quae etiam adversus donatorem competit: est enim iustus possessor et petitor, qui liberalitatem accepit.

Sia che si dimentichino i dubbi gravissimi sulla interpretazione di questo squarcio dal punto di vista del diritto classico, sia che in vece si tengan presenti, alcune circostanze sorprendono. E in prima fa senso che il termine « *ex lucrativis causis* » non occorra più in Ulpiano, anzi in tutte le fonti. Non s'intende poi la efficacia del « quae etiam adversus donatorem competit » dopo l'insegnamento « si quis *ex lucrativis causis* rem accepit, habet Publicianam ». Ed in fine non sembra che l'« *adversus donatorem* » convenga troppo all'« *ex lucrativis causis* ». La interpolazione dunque è palese: almeno la frase « *ex lucrativis causis* » non appartiene evidentemente ad Ulpiano.

L'altro passo è il fr. 4 § 14 (40, 1), tratto dal libro VI *disputatorium* del medesimo giureconsulto:

Sed et si partem quis redemit, pars altera *ex causa lucrativa* accesserit, dicendum erit constitutionem¹⁾ locum habere.

¹⁾ V. fr. 4 pr. eod.: « Is qui suis nummis emitur epistula divorum fratrum ad Urbium Maximum in eam condicionem redigitur, ut libertatem adipiscatur ».

Pel contesto in genere, ed in specie per l'uso a proposito di cose corporali ¹⁾, *accedere* qui non significa che « acquistare senza nuova perdita corrispondente ». Affatto oziosa perciò apparisce la espressione « *ex causa lucrativa* ». Essa non serve che a storcere il valore tecnico dell' « *accedere* ».

VI.

Una trattazione a parte merita il fr. 13 § 15 (19, 1), ricavato dal libro XXXII *ad edictum* di Ulpiano:

Si fundum mihi alienum vendideris et his *ex causa lucrativa* meus factus sit, nihilo minus ex empto mihi adversus te actio competit.

Secondo il Ferrini ²⁾, il giureconsulto classico dichiara, che nelle azioni di buona fede bilaterali il creditore *ex causa onerosa*, che riceve l'obbietto *ex causa lucrativa* ed ha già fatto la sua prestazione, ha il diritto di ripeterla. È lecito però dimostrare in modo abbastanza sicuro, che nell'opera di Ulpiano il passo ebbe valore ben diverso. Si consideri il paragrafo che lo precede:

Si Titius fundum, in quo nonaginta iugera erant, vendiderit et in lege emptionis ³⁾ dictum est in fundo centum esse iugera et antequam modus manifestetur, decem iugera alluvione adcreverint, placet mihi Neratii sententia existimantis, ut, *si quidem sciens vendidit*, ex empto actio competat adversus eum, quamvis decem iugera adcreverint, quia dolo fecit nec dolus purgatur: *si vero ignorans vendidit*, ex empto actionem non competere.

L'inciso « *si quidem... vendidit* » e la chiusa « *si vero ... competere* » vennero certo aggiunte dai compilatori. Non può essere in fatti di Ulpiano il costrutto « placet mihi Neratii sententia existimantis ut *ex empto actionem non competere* ». E che il « *si quidem sciens vendidit* » debba ritenersi pure interpolato, si desume non solo dalla origine dello squarcio finale, ma anche dal fatto che il giureconsulto nel paragrafo seguente non mette in luce tale riguardo. Si avverta

¹⁾ *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, col. 75.

²⁾ Op. cit., pag. 338.

³⁾ V. PERNICE, op. cit., II, 2, 1, pag. 241, n. 1.

intanto il motivo per cui viene accordata l'*actio ex empto*: « quia dolo fecit (venditor) nec dolo purgatur ». Ora lo stesso motivo giustifica senza dubbio la decisione esposta nel § 15. In esso si concede al compratore, nonostante l'acquisto, l'*actio ex empto*, perchè il venditore del fondo altrui *dolo fecit, nec dolo purgatur* col pervenire del fondo al compratore. Ma se ciò è, Ulpiano non adoperò la frase « ex causa lucrativa », chè il contesto impone di sostituire ad essa il termine più largo « ex alia qua causa ». Ed in vero quegli nel § 14, trattando della efficacia dell'acquisto, non mostra punto di voler distinguere fra acquisto gratuito e acquisto oneroso, ma semplicemente di volere esporre che importi in genere l'acquisto, fatto d'altronde dal compratore, nella ipotesi di dolo del venditore. Ulpiano continua proprio a dire (§ 16): « In his autem, quae cum re empti praestari solent, non solum dolum, sed et culpam praestandam arbitror ». Il « nihilo minus » del nostro fr., che al Ferrini sembra tanto espressivo, non vale quindi: « sebbene l'acquisto sia avvenuto *ex causa lucrativa* », ma soltanto: « sebbene il compratore abbia d'altronde acquistato già il fondo ». Per attribuirgli quel senso bisogna trascurare il tenore del § 14, in cui la circostanza, che l'acquisto è gratuito, viene considerata come indifferente.

Tutto ciò inoltre rivela, che non è genuino il § 8 (II, 17) delle *Sententiae* di Paolo.

Fr. 13 § 15 (19, 1).

Si fundum mihi alienum vendideris et hic *ex alia qua causa* meus factus sit, nihilo minus ex empto mihi adversus te actio competit.

Paul. II, 17, 8.

Fundum alienum mihi vendisti: postea idem *ex causa lucrativa* meus factus est: competit mihi adversum te *ad pretium recuperandum* actio ex empto.

Si noti in che modo discopre la espressione « ad pretium recuperandum », che un nuovo ordine di idee si è sostituito ai principi classici! ¹⁾.

Dal testo di Ulpiano si ricava dunque la regola, conforme all'antico sistema: « il venditore è liberato, se la cosa perviene d'altronde

¹⁾ Vede ognuno che insostenibile è la restituzione di HUSCHKE, il quale dal § 7 trasporta nel § 8 dopo *meus factus* il comma « si pars pretii numerata sit ».

al compratore ». Nel fr. 29 pr. (21, 2) Celso la intende più rigidamente; ma oramai possiamo affermare, che lo sviluppo non fu dovuto al sorgere della distinzione fra cause lucrative e cause non lucrative. In fatti Ulpiano nella l. 13 § 15, e cioè in una specie analoga a quella della l. 29 pr., non si riferisce che all'elemento del dolo.

Qui si adduce pure il fr. 9 (21, 2), che proviene dal libro LXXVI *ad edictum* di Paolo:

Si vendideris servum mihi Titii, deinde Titius heredem me reliquerit, Sabinus ait amissam actionem pro evictione¹⁾, quoniam servus non potest evinci: *sed in ex empto actione decurrendum est.*

Però lo stesso Ferrini, che da prima attribuì a Paolo il « sed... dicendum est »²⁾, lo ritenne in seguito triboniano³⁾. E si tratta senza dubbio di forma assai cara ai compilatori, come provano, ad esempio, l'inconsequente « erit ergo ad actionem de dolo decurrendum » del fr. 5 pr. (11, 6) e il dottissimo « erit ergo ad alias actiones competentes decurrendum »⁴⁾ del fr. 1 § 18 (16, 3). Ma non credo poi, che quel brano debba addirittura considerarsi dal punto di vista della dottrina in esame.

Piuttosto il tenore del fr. 82 § 2 de leg. I e del fr. 19 (44, 7), dei quali già ci occupammo, muove ad indagare se le fonti offrano materiale bastevole a schiarirlo. Avvertimmo che il fr. 45 pr de leg. I attribuisce ancora ad Ofilio, Aristone e Nerazio il principio, che il legatario, il quale avesse comperata la cosa legatagli, non avrebbe avuto diritto al legato. Intanto il fr. 29 (19, 1), che deriva dal libro IV *ad Minicium* di Giuliano, insegna:

Cui res sub condicione legata erat is eam imprudens ab herede emit: actione *ex empto* poterit consequi emptor pretium, quia non ex causa legati rem habet.

¹⁾ LENEL: « actionem pro evictione] auctoritatem Paul., cf. (21, 2) 76 ». Invece il FERRINI, *Manuale di Pandette*, pag. 691, nota 3, restituisce: « actionem de auctoritate », ma contro il fr. citato dal LENEL: « amitti auctoritatem, id est actionem pro evictione ».

²⁾ *Intorno al concursus* etc., pag. 338.

³⁾ *Manuale* cit. Cfr. PERNICE, op. cit., II, 1, pag. 368, n. 2.

⁴⁾ V. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, nella *Zeitschrift* cit., R. A., vol. VII, pag. 68.

Questo squarcio è molto discusso. Non pochi rilevano la stranezza della decisione, che al compratore spetta l'*actio ex empto* perchè non ha la cosa *ex causa legati*. Il Mommsen consiglia di leggere « quando » in vece di « quia non », e già Antonio Fabro ¹⁾ emendava « quia nunc ». Il Ferrini ²⁾ osserva che la prima proposta è preferibile, perchè dà al periodo andamento eguale, mentre il « quia nunc » sembra presupporre un'antecedente spiegazione. Ad ogni modo opina che per omoteleuto sia caduta qualche frase, e che il testo debba emendarsi così: « quia non ex causa [emptionis, si condicione existente, ex testamento egerit et rem acceperit, set ex causa] legati rem habet ». E certo il fr. non è integro. Il Glück ³⁾, che non crede necessaria una correzione, interpreta come se il prezzo potesse ricuperarsi con l'*actio ex empto*, perchè altrimenti il legatario non conseguirebbe la cosa a titolo di legato. Ma è lecito opporre, che un giureconsulto dell'epoca classica non avrebbe fatto uso di quel linguaggio per esprimere tale concetto. Anche il Salkowski ⁴⁾ sostiene che « non va mutata alcuna parola nel testo. Il legatario comprò, prima della delazione del legato, la cosa legatagli *per vindicationem*, e così ne divenne proprietario. All'avverarsi della condizione il legato è dunque inefficace, perchè il legatario ha già la proprietà dell'obbietto. Egli tiene quindi la cosa non *ex causa legati*, ma *ex causa emptionis*... Se non l'avesse comperata, avrebbe nel suo patrimonio la cosa *ex causa legati* e il prezzo pagato. Con la compra dunque ebbe certamente uno svantaggio: egli ha interesse a non aver conchiuso tale contratto. E poichè comprò *imprudens*, mentre forse al venditore era noto il legato, gli viene concessa l'*actio empti* per la restituzione del prezzo ». Ora sì fatti rilievi valgono al più a dimostrare che integro è il « quia... habet ». Ma non si comprende tuttavia come il legato possa produrre effetti immediati sul contratto di compravendita pienamente adempiuto. E il Salkowski in sostanza farebbe appunto dire al giureconsulto: « *actio ex empto poterit consequi emptor pretium, quia ex causa emptionis rem habet* »! D'altra parte questa esegesi della chiusa « quia... habet » è soddisfacente pure nella ipotesi, che si tratti di legato *per damna-*

¹⁾ *Contect.*, lib. V, cap. 14, seguito da POTHIER, ad h. l.

²⁾ *Teoria cit.*, pag. 624 e seg.

³⁾ *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, XVII, pag. 221.

⁴⁾ *Op. cit.*, pag. 145 nota.

tionem. Parrebbe dunque lecito ritenere arbitrarie le proposte di emendare il « quia non », e giustificato in vece il sospetto di Federico Mommsen ¹⁾, che si debba sostituire « *actione ex testamento* » ad « *actione ex empto* ». Il Ferrini non reputa felice tale congettura « non solo perchè vi contraddicono i Greci, leggendo: διὰ τῆς τοῦ πρῶτου ἀγωγῆς; ma anche perchè difficilmente i compilatori avrebbero inserito il frammento nel titolo *de actionibus empti venditi*, colle quali esso non avrebbe più alcuna relazione ». È però da escludere senz'altro, che i compilatori stessi abbiano alterata la lezione? Mi limito a notare che già si vide ²⁾ un rapporto fra il nostro brano e la c 3 § 3 (6, 49).

Il Riccobono ³⁾ annovera lo squarcio in esame tra « quei frammenti, dei quali non si può con certezza determinare l'origine: se cioè fossero estratti dalle note di Giuliano ovvero dal testo miniciano ». Egli crede, a giudicar dai richiami che appone alla legge, che mentre il fr. 84 § 5 de leg. I consiglia a riguardarla come un estratto dalle note di Giuliano, il fr. 9 (21, 2) induce a tenerla ricavata dall'opera di Minicio. Ma il « Sabinus ait » del secondo passo perde ogn'importanza rispetto alla presente questione, se con noi si stima triboniana la frase « *sed in ex empto actione decurrendum est* ». Il che interessa non poco, in quanto elimina il dubbio che anche prima di Giuliano il legatario, che avesse comperato la cosa legatagli, avrebbe avuto diritto al legato.

E veniamo al fr 84 § 5 cit., il quale deriva dal libro XXXIII *digestorum* del giureconsulto adrianeo:

Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem. quod si pretio soluto ex testamento agere instituerit, hominem consequi debebit, actione ex empto pretium recipiabit, quemadmodum recipiaret, si homo evictus fuisset. quod si iudicio ex empto actum fuerit et tunc actor compe-

¹⁾ *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, pag. 260 e seg.

²⁾ Cfr. VOLT, *Comm. ad Pandect.*, lib. XIX, tit. I., § 3; e Glück, loc. cit.

³⁾ *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, nel *Bullettino* cit., vol. VIII, pag. 263.

rerit legatum sibi hominem esse et agat ex testamento, non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretium restituerit et hominem actoris fecerit.

Parecchie cose sono degne di considerazione; e prima di tutto, che si tratta di un legato *per damnationem*. Non riesce poi difficile intendere, come il legato influisca immediatamente sul contratto di compravendita nel caso, in cui il legatario, al momento della delazione di quello, abbia pagato il prezzo, ma non ottenuto ancora l'obbietto. Ed in vero, prestata la cosa *ex testamento*, l'accipiente *ex causa legati rem habet*, sì che il contratto rimane inadempito, e occorre, come dice Giuliano stesso, una certa analogia con la ipotesi di evizione¹⁾. Finalmente è da avvertire, che il passo non tramanda una regola, la quale significhi i termini del criterio comune, applicato nell'ultima specie dal giureconsulto.

La norma generale si desume dal fr. 108 § 6 eod., che proviene dal libro V *quaestionum* di Africano:

Item si domino heres exstitero, qui non esset solvendo, cuius fundum tu mihi dare iussus esses, manebit tua obligatio, sicut maneret, si eum fundum emissem.

Se io, vale a dire, succedo al domino della cosa, che mi fu legata da un terzo *per damnationem*, e il patrimonio è oberato, *obligatio legati non exstinguitur*, come non si estinguerebbe se avessi comperata la cosa. Quindi perdura la *obligatio* se il legatario acquistò verso un sacrificio l'obbietto legatogli *per damnationem*. Ciò conferma anche il fr. 34 § 7 eod., tratto dal libro XXI *ad Sabinum* di Ulpiano:

Quod si rem emissem mihi legatam, usque ad pretium quod mihi abest competet mihi ex testamento actio.

¹⁾ FERRINI, op. cit., pag. 623 e seg. SALKOWSKI, loc. cit. Così almeno se la legge è del tutto sincera. Ma sorge qualche sospetto, se si riscontra col fr. 39 § 2 eod., su cui, oltre le note del LENEL, v. quanto alla voce « vindicare » ARNDTS, op. cit., vol. I, pag. 233, nota 43, e per l'abuso delle forme « quidem... sed », « quidem... vero », « quidem... autem » le mie osservazioni nella *Temi stettiana*, a. II, pag. 147 e seg.

VII.

Prima di dedurre qualche conclusione dalle indagini fatte, è necessario esaminare l'unico testo delle Istituzioni giustiniane, nel quale si trova la frase « ex causa lucrativa ». Esso è il § 6 (2, 20).

Si res aliena legata fuerit et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest: si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. nam traditum est duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse. hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem an aestimationem ex testamento consecutus est: nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa, si aestimationem, agere potest.

Il Ferrini ¹⁾ attribuisce tale paragrafo a Marciano, e aggiunge: « per la costruzione v. M. fr. 20 D. 36, 2 ». Qui non importa precisare la origine dello squarcio in esame. Importa però stabilire, se la sua forma debba, per quella rispondenza, ritenersi classica. Il fr. 20 (36, 2) riferisce:

Si cum praefinitione annorum legatum fuerit, veluti: « Titio dena usque ad annos decem », Iulianus libro trigensimo digestorum scribit interesse: et si quidem alimentorum nomine legatum fuerit, plura esse legata et futurorum annorum legatum legatarium mortuum ad heredem non transmittere: si vero non pro alimentis legavit, sed in plures pensiones divisit exonerandi heredis gratia, hoc casu ait omnium annorum unum esse legatum et intra decennium decedentem legatarium etiam futurorum annorum legatum ad heredem suum transmittere, quae sententia vera est ».

Singolare è certo l'« interesse », e sorprendente che Marciano muti con tutta indifferenza il « legatum fuerit » in un « legavit », che resta privo di soggetto e rende partecipe della sua sfortuna il « divisit ».

¹⁾ Sulle fonti delle « Istituzioni » di Giustino, nel *Bullettino* cit., v. XIII, pag. 161.

Ma v'ha di più. Il tenore di una parte del passo è quasi identico a quello della chiusa del fr. 12 § 4 eod. (Ulp.), che tosto apparisce triboniana:

Sed et si quotannis sit legatum, mihi videtur etiam in hoc initium cuiusque anni spectandum, nisi forte evidens sit voluntas testatoris in annuas pensiones ideo dividendis, quoniam non legatario consultum, sed heredi prospectum voluit, ne urgueretur ad solutionem¹⁾.

Tali osservazioni rivelano, che il testo di Marciano non è integro. Giuliano, data la ipotesi « si cum praefinitione annorum legatum fuerit, veluti Titio dena usque ad annos decem », dovea decidere senz'altro « unum esse legatum et intra decennium etc. »²⁾, e solo ciò riferiva Marciano. Dunque la rispondenza fra la costruzione della l. 29 cit. e del § 6 cit. non può che render sospetto quest'ultimo.

Per comodità della ricerca ne studieremo subito il brano finale « hac ratione... agere potest ». Esso, com'è noto, non si accorda troppo col fr. 34 § 2 de leg. I di Ulpiano:

Sed si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere potero, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero aestimationem.

Taccio dei soliti mezzi escogitati per costringere i due testi ad unico concetto, proponendomi soprattutto di mettere in luce la dottrina classica. A dimostrare per altro quanto il caso divenga disperato se si rinuncia al comodissimo rimedio d'intendere la legge 34 § 2 nel senso del § 6, rilevo che il Ferrini³⁾ consiglia la seguente emendazione dello squarcio ulpiano: « bis petere potero, ut ex altero testamento rem consequar [si consecutus fuero] ex altero aestimationem ». Ma bisognerebbe poi conciliare con le buone regole della grammatica il « consecutus est » del § 6!

Consideriamo piuttosto il § 2 nel contesto della legge 34:

§ 1. Si eadem res saepius legetur in eodem testamento, amplius quam semel peti non potest sufficitque vel rem consequi vel rei ae-

¹⁾ Sopra un'aggiunta simile nel fr. 18 § 1 (33. 1) v. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, pag. 184.

²⁾ Si noti nel fr. 26 § 2 eod. la frase « praeter exhibitionem ».

³⁾ *Teoria* cit., pag. 620.

estimationem. § 2 Sed si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere poterò, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero aestimationem. § 3 Sed si non corpus sit legatum, sed quantitas eadem in eodem testamento saepius, divus Pius rescripsit tunc saepius praestandam summam, si evidentissimis probationibus ostendatur testatorem multiplicasse legatum voluisse: idemque et in fideicommisso constituit. eiusque rei ratio evidens est, quod eadem res saepius praestari non potest, eadem summa volente testatore multiplicari potest.

La esegesi di questo passo non mi sembra così facile, come generalmente si ritiene. E da prima non so intendere in che modo sia lecito scansare la contraddizione chiarissima tra il principio accolto nel § 1 e la regola esposta nel § 2. Se la medesima specie è legata più volte alla stessa persona nel medesimo testamento, l'onorato non può chiedere il lascito che una volta: se ha conseguito la cosa, non può pretendere la *aestimatio*, e viceversa, pel motivo abbastanza evidente che « eadem res saepius praestari non potest »¹⁾. Ma appunto perchè « eadem res saepius praestari non potest » è falso l'insegnamento, che « bis petere poterò » se la medesima specie mi fu legata « duorum testamentis ». Papiniano, ad esempio, nel fr. 66 § 2 de leg. II riferisce in vece: « Duorum testamentis pars fundi, quae Maevii est, Titio legata est: non ineleganter probatum est ab uno herede soluta parte fundi, quae Maevii fuit, ex alio testamento liberationem optingere ». Anzi la frase « vel rem vel rei aestimationem » del § 1 del testo ulpiano non solo chiarisce erronea la dottrina del § 2, ma dimostra pure che in esso non potea trovar posto la teorica delle Istituzioni imperiali. Nè il « sed », che inizia il paragrafo, vale a indurre in inganno. E qual'è mai la ragione sufficiente a far credere che allora « bis eadem res praestari possit »? In sostanza: se il principio che sta a base della prima regola è vero, la ipotesi del § 2 va decisa come quella del § 1.

Si noti un altro fatto rilevante. Trascrivendo lo squarcio in esame,

¹⁾ Non dico già che questa formula, considerata assolutamente, sia completa. Ma si badi che qui, come in genere nella dottrina del *concursum causarum*, viene nel senso ben determinato, che nessuno può *id quod habet petere*. Accedo per altro alle idee del FERRINI quanto al carattere di tale impossibilità, e credo quindi inopportuno ripeterle.

ho segnato nel § 3 alcune espressioni che il Gradenwitz ¹⁾ e il Lenel ²⁾ reputano concordemente tribonianee. Ora è agevole osservare, che escluse dal § 3 quelle espressioni, il § 2 si rivela come un pessimo innesto dei compilatori, eseguito con materiale, tratto in parte dall'opera dello stesso Ulpiano. Già la Glossa avverte che il fr. 34 deve così riordinarsi:

pr. — § 1... sufficitque vel rem consequi vel rei aestimationem.

§ 3-§ 6. Sed si non corpus sit legatum sed quantitas... Proinde et si quid aliud est quod pondere numero mensura continetur saepius relictum, idem erit dicendum, *id est saepius deberi, si hoc testator voluerit* ³⁾.

§ 2. Sed si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, *dis petere potero, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero aestimationem*.

§ 7. Quod si rem emissem mihi legatam, usque ad pretium quod mihi abest competet mihi ex testamento actio. § 8. Et multo magis hoc dicendum est, si duobus testamentis mihi eadem res legata sit, sed alter me restituere rogaverit vel ipsam rem vel aliud pro ea, aut si sub condizione legasset dandi quid pro ea: nam hactenus mihi abesse res videtur, quatenus sum praestaturus.

Qui la Glossa indica senza dubbio la diritta via. Perocchè i suoi avvertimenti mentre mettono in grado di elidere lo sconcio dianzi rilevato, offrono mezzo di colmare nel miglior modo la lacuna fra il § 6 e il § 7. Questa scorge anche il Lenel: « videntur excidisse ea, quae Ulpianus de lucrativa causa concurrente scripserat ». Ma ciò che manca è proprio nel § 2, come si desume dal tenore del § 7 e del § 8. Ulpiano dopo aver insegnato, che se la medesima specie era legata alla stessa persona « duorum testamentis », l'onorato non poteva pretendere il lascito che una sola volta, nel § 7 precisava i termini della regola addotta come ratio decidendi, e nel § 8 veniva ad applicare il nuovo principio alla ipotesi che specialmente trattava (« si duobus testamentis mihi eadem res legata sit »). Tutto questo mi sembra addirittura palese.

¹⁾ Op. cit., pag. 31.

²⁾ Op. cit., vol. II, col. 1087, n. 2615.

³⁾ Cfr. LENEL, loc. cit. FISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, nella *Zeitschrift* cit., R. A., vol. XI, pag. 10.

È necessario dunque concludere, che l'opera classica, da cui proviene il § 6 delle Istituzioni, non esprimeva la teorica, in esso accolta. Ed in vero il carattere della norma, alla quale Ulpiano si riferiva nel fr. 34 § 2, è tale da costringere a ritenere, che nel diritto classico non sarebbe stata possibile una dottrina diversa. Nè giova opporre alla nostra esegesi la inverisimiglianza del fatto, che le due interpolazioni non avrebbero contenuto identico. Perocchè forse l'unico mezzo, che spieghi in modo soddisfacente il contrasto fra i due brani, è offerto dalla congettura, che l'andamento vario degli squarci originali abbia dato luogo a rimaneggiamenti difformi.

Ciò posto, la restituzione del § 6 non è punto ardua. Sorge dal nesso del testo ulpiano, che la frase « *hac ratione* » doveva servire a richiamare la regola « *duae causae in eundem hominem et in eandem rem concurrere non possunt* », e non già l'altra « *duae causae lucrativae in eundem hominem et in eandem rem concurrere non possunt* ». Inoltre il « *nam* », che precede il « *traditum est* », indica che la decisione della prima specie era sostanzialmente questa: « *obligatio legati exstinguitur* »¹⁾. E si trattava appunto di un legato *per damnationem* (« *si res aliena legata fuerit* »).

Si aggiunga che diviene ora manifesto quale fu la *ratio dubitandi* del fr. 82 § 6 de leg. I. Si dubitò che l'acquisto di Stico in virtù di uno dei testamenti, importasse soddisfazione anche del legato dovuto per l'altro, secondo il principio, che quando il medesimo oggetto è lasciato ad una persona « *duorum testamentis* », essa non può conseguirlo che una sola volta.

VIII.

Si può ben affermare che il diritto classico non conobbe, almeno in rapporto alla dottrina del *concursus causarum*, la distinzione fra causa lucrativa e causa non lucrativa. Non è d'uopo insistere nel mettere in luce come ciò spieghi completamente le svariate circo-

¹⁾ Per il « *si quidem ex causa emptio...*; si vero... *ex donatione vel ex alia... causa* » cfr. § 35 (2, 1): « *fundum emerit vel ex donatione aliae qua... causa... acceperit* »; pr. (2, 6): « *rem emerit vel ex donatione aliae qua... causa acceperit* »; § 14 eod.: « *per venditionem vel donationem vel alium titulum* ».

stanze, che all'inizio delle nostre ricerche parvero singolarissime. I frammenti di Giuliano, nei quali occorre da prima quella distinzione, presentano talvolta la veste di norme antiche e comuni, perchè in realtà non erano nuove le regole, esposte da Giuliano nell'originale, che i compilatori venivano adottando con innocenti interpolazioni di frasi stereotipe. Di una vecchia dottrina, debellata da Giuliano, non si trova poi alcuna traccia negli scritti dei giureconsulti coevi o posteriori, appunto perchè i principi fondamentali dell'antica dottrina non si abbandonarono mai durante l'epoca classica. E quindi non può sorprendere che nessun giureconsulto richiami in tale materia l'autorità di Giuliano, come non può sorprendere qualche testo, che non concorda troppo con la così detta giurisprudenza giulianea. Tuttavia l'opinione, che oggi si accoglie, non è, da un certo punto di vista, priva di ogni base. A Giuliano in fatti si deve il principio, che se il legatario acquistò per altra via, ma verso un sacrificio, l'obbietto legatogli *per damnationem*, la *obligatio legati* non si estingue. Dettavano al giureconsulto adrianeo tale insegnamento le sue idee circa lo spirito del legato di obbligazione, ch'egli intendeva rivolto a procurare al legatario il godimento pieno e sicuro dell'obbietto¹⁾. Ma dal tenore stesso delle sue decisioni risulta, che Giuliano non pensò mai a foggare una categoria di cause lucrative. Egli mucveva dalla ipotesi più perspicua della compravendita, ed applicava il nuovo principio, avendo riguardo, non alla natura del negozio, ma ai suoi speciali effetti²⁾. Ecco per quale motivo gl'interpreti odierni debbono ricorrere anche a questo criterio nel fare l'elenco delle cause lucrative.

Se osserviamo poi le reliquie dei *Digesta* di Giuliano, ed in ispecie quelle del libro XXXIII, che nella *Palingenesia* del Lenel porta appunto la rubrica «*de his quae per damnationem legantur*»,

¹⁾ Cfr. FERRINI, *Teoria* cit., pag. 614. Sulla nozione della *solutio* v. già Celso nel fr. 69 (46, 3), ma anche GRADENWITZ, *Interpolationen und Interpretationen*, nel *Bullettino* cit., vol. II, pag. 7. E soprattutto si tenga presente il fr. 84 § 5 de leg. I.

²⁾ V. fr. 108 § 6 de leg. I; fr. 19 (44, 7). Che in quest'ultimo è genuino il «*quodammodo emptor intellegitur, qui dotem petit*» si ricava pure dal fatto, che il *quodammodo*, come fu avvertito dal RICCIBONO (*Studi* etc., nel *Bullettino* cit., vol. VIII, pag. 228), è spesso usato da Giuliano: fr. 23 § 7 (21, 1), fr. 25 (28, 6), fr. 10 (41, 4), fr. 15 (44, 7); e che si tratta di costruzione giuridica da lui in genere prediletta: fr. 22 (25, 5), fr. 9 e fr. 10 (41, 4): cfr. PEROZZI, *L'Editto publiciano*, nel *Bullettino* cit., vol. VII, pag. 66.

scorgiamo subito, che i compilatori tralasciarono quanto in esso commentava la regola « si legatarii res facta fuerit die cedente, obligatio legati exstinguitur », riferendo solo il fr. 17 (44, 7) con le opportune interpolazioni. E v'ha di più. Nel testo giuliano pure il fr. 82 § 4 de leg. I si doveva immediatamente riconnettere a quella regola. Ma i commissari lo trasportarono dopo i paragrafi 2 e 3 per conciliarlo coi famosi calcoli del fr. 73 de leg. II e del fr. 12 § 18 (49, 15). Se inoltre si considera, scevro dalle interpolazioni, il fr. 108 § 4 de leg. I, è d'uopo riconoscere ch'esso in origine riguardava, più che la dottrina del *concursum causarum*, la questione sulla efficacia di un legato non profittevole¹⁾. Anche per ciò ritenni triboniana la chiusa « quia.. possit ». E ad ogni modo mi sembra, che il § 5 confermi questa esegesi col mettere in luce le funzione strumentale del secondo legato o del primo²⁾.

Tanto armeggiano come non impedisce di cogliere il contenuto delle innervazioni di Giuliano, così non impedisce di fermare, che pure ai giureconsulti posteriori rimase ignota la distinzione fra cause lucrative e cause non lucrative. Paolo si riporta ancora in modo non dubbio ai vecchi principî³⁾, e Ulpiano enumera ancora quale eccezione l'insegnamento giuliano⁴⁾. Nè si può senz'altro addurre alla materia in esame la nota formula del primo: fr. 61 (46, 3): « In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit *et tibi nihil absit* nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio ».

(*Continua*).

S. DI MARZO.

¹⁾ Il punto è dibattuto: cfr. da ultimo FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte I, pag. 53 e segg.; FERRINI, *Manuale di Pandette*, pag. 812, nota 4. Ma la soluzione definitiva non deve forse scaturire dalla critica dei testi?

²⁾ Sospetto è lo squarcio « item si in priore testamento Falcidia locus sit, quod inde abscidit ratione (ratio Mommsen) Falcidia, ex sequenti testamento consequar ». Dal lato formale v. fr. 9 § 2 (28, 2): « quod moriente avo filii ius penderit, non *absctum* ut superiore casu fuerit », e su di esso FABRI *Conjectur.* l. X, cap. 12. Cfr. poi *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, v. *abscido*.

³⁾ V. fr. 87 pr. de leg. II; fr. 83 § 6 (45, 1).

⁴⁾ V. fr. 34 § 7 de leg. I.

LA REVOCA DEGLI ATTI FRAUDOLENTI DEL DEBITORE

NEL DIRITTO ROMANO CLASSICO

(A proposito del lavoro del LENEL, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im klass. röm. Recht*, Leipzig, 1903).

Chi confronti i §§ 225 e 268 dell'*Edictum perpetuum* coi corrispondenti paragrafi della traduzione francese di quest'opera, rileva subito quanto sia profondamente diversa dall'antica l'opinione che il Lenel ha ora intorno al contenuto delle due clausole dell'editto che concernevano la revoca degli atti fraudolenti. Questo radicale mutamento nel modo di vedere di un così illustre scrittore è una prova dei gravi ostacoli che impediscono di determinare con sicurezza, o forse anche solo con molta probabilità, i principii del diritto classico intorno al nostro istituto; ed è in pari tempo un segno che il problema era, e forse è ancora, *sub iudice*. Certo il nome dell'autore, che lo ha ora fatto oggetto di nuovo esame, può indurre a credere che nella sua monografia quel problema abbia trovato la soluzione definitiva; e veramente abbiamo dinanzi uno splendido saggio dell'acume critico di cui è ricco l'illustre romanista di Strassburgo. Nondimeno, per quella qualunque conoscenza che i nostri studi recenti possono averci dato del tema, ci permettiamo di esporre con qualche ampiezza i dubbi, che la soluzione offerta dallo scrittore tedesco ha suscitati in noi. È probabile che codesti dubbi siano infondati, certo riuscirà assai facile all'illustre romanista d'oltr'Alpi il confutarli; ad ogni modo speriamo che il nostro scritto non sia per tornare affatto inutile.



Il diritto classico, secondo il Lenel, conosceva due mezzi giuridici per la revoca delle alienazioni fraudolente: uno, la «*restitutio in integrum*» e la conseguente azione rescissoria, che competeva sola-

mente al « curator bonorum », l'altro, l'« interdictum fraudatorium », che era accordato ad ogni creditore. l'auliana era chiamata l'azione arbitraria nascente dall'interdetto. Allorchè Giustiniano fuse i diversi mezzi giuridici in un solo, Teofilo, e forse, dietro il suo esempio, anche altri bizantini, diedero a questo il nome di Pauliana; e perciò essi designano con lo stesso nome anche l'azione rescissoria, di cui è ricordo nelle Istituzioni.

Non occorre intrattenersi sulla unificazione operata da Giustiniano (che del resto il Lenel aveva già ammesso fin dalla prima edizione del suo *Editto*), poichè, a parer mio, questo punto non dovrebbe più essere contestato. Parimenti è di una evidenza logica tale, che deve togliere a chiunque l'ardire di opporvisi, l'osservazione che, essendo due i mezzi giuridici contemplati in due distinti luoghi dell'editto, e dovendo essi ragionevolmente diversificare tra loro, i compilatori, che volevano farne un mezzo unico, e nel tempo stesso volevano comprendere nel Digesto lunghi squarci dei commentari relativi ai due mezzi classici, non potevano raggiungere il loro scopo se non per mezzo delle interpolazioni. Ne segue che chi si propone di ricostruire il diritto classico non possa ottenere l'intento, se non libera i testi dalle interpolazioni; ma, se sul metodo non ci può esser questione, esso, che è sempre uno strumento assai delicato, nel nostro caso si direbbe quasi di impossibile applicazione.

Infatti il terreno su cui ci muoviamo è molto angusto; a pochissimi testi si riduce in fondo tutto il materiale di cui possiamo disporre; essi sono la l. 1 pr. e la l. 10 pr. D. 42. 8, che ci riferiscono, naturalmente interpolati, i due editti, il § 6 l. 4. 6, per cui si dovrebbe attribuire alla Pauliana la natura di azione reale, la l. 38 § 4 D. 22. 1, che l'annovera tra le azioni « in personam ». Indarno si desidererebbero qui quelle copiose serie di testi, di cui ciascuno a vicenda dà e riceve dall'altro appoggio e conforto per la prova dei sistematici emblemi. Non qui, come in altri casi, la contraddizione fra i testi concerne le applicazioni dei principii generali, sicchè la retta intelligenza di questi e la piena cognizione del sistema romano possano, dopo gli elementi formali e sostanziali dedotti dai passi stessi su cui si discute, servir di riprova dell'interpolazione, e farci scoprire il contenuto originario del testo.

La situazione questa volta è diversa; noi abbiamo fondati motivi per ritenere che le ll. 1 pr. e 10 pr. non riproducano esattamente il

testo genuino dell'editto, ma come ricostruirlo, se a ciò fare sarebbe necessario conoscere con precisione la natura dei mezzi giuridici che il diritto classico dava contro gli atti fraudolenti del debitore, e i due passi, che ci offrono le maggiori notizie su questi mezzi, sono appunto i frammenti ritenuti interpolati? Come determinare se sia interpolato il paragrafo delle Istituzioni, o invece la l. 38 § 4, o magari l'uno e l'altra? E, soprattutto, come decidere quale delle definizioni della Pauliana meriti la preferenza, se non sappiamo nemmeno a quale dei mezzi del diritto classico fosse dato il nome di Pauliana? Dovremo pertanto arrestarci di fronte a queste gravissime difficoltà, e lasciare ogni speranza di risolvere questo enigma delle nostre fonti? Non l'abbiamo mai pensato, bensì abbiamo sempre creduto che i tentativi fatti per isvelare il mistero, dovessero esser guardati con molta indulgenza, quando venivano da chi, come noi, aveva forze assai impari all'aspro cimento, e con molta ammirazione, quando lo scrittore è tale che l'opera sua non può esser in verun caso senza frutto, ancorchè non fosse riuscita a squarciare interamente i veli che nascondono al nostro sguardo la verità.

Nella l. 1 pr. cit. ¹⁾ al Lenel sembra sospetta non solo l'indicazione del destinatario dell'azione che ivi si promette, ma anzitutto la promessa dell'azione, lo stesso « actionem dabo ». Ci occuperemo più tardi della interpolazione della frase « vel ei cui de ea re actionem dare oportebit »; per ora fermiamoci al punto più importante.

Anch'io ²⁾, giovandomi di un'osservazione del Gradenwitz e del Lenel sulla terminologia dell'editto, avevo sostenuto che, invece di « actionem dabo », si sarebbe dovuto dire « iudicium dabo ». Di questa opinione è ora anche il Lenel; ma, mentre io ritenevo che « actionem » fosse interpolato invece del genuino « iudicium », l'illustre romanista tedesco crede che i compilatori non abbiano trovato nel nostro editto alcun « iudicium dabo », ma al contrario abbiano messo il loro « actionem dabo » al posto di una promessa d'altro genere che avrebbe fatto l'editto.

¹⁾ ULPIANI'S l. 66 ad edictum. Ait praetor: « Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. Idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo ».

²⁾ Cfr. la mia *Revoca degli atti fraudolenti nel Diritto romano*, pag. 7 sgg. (dell'estratto).

Ad ammettere in più larga misura l'intervento dei compilatori indurrebbero anche le parole finali dell'editto « idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo ». Secondo l'opinione dominante da me accolta, esse significano che l'azione contemplata da questo editto sarà accordata anche contro il « fraudator »; il Lenel nell'*Edictum perpetuum* ne dava invece un'altra interpretazione, che io ho combattuta nel mio lavoro ¹⁾, ma di cui oggi non è più il caso di parlare, perchè lo stesso suo autore l'ha ripudiata completamente. Bensì è opportuno esaminare, con la maggiore obbiettività, se davvero l'opinione dominante abbia tutti i torti che le addebita il Lenel.

È stato notato giustamente che in parecchi passi del nostro titolo (42. 8) l'azione è diretta contro il « fraudator », e cioè nella l. 10 § 24, nella l. 12 e nella l. 25 § 7. Vedo ora con dispiacere che il Lenel non abbia portato la sua attenzione sulla l. 12 ²⁾, da lui stesso annoverata tra i frammenti che si riferivano al mezzo giuridico contemplato dal primo editto (quello della l. 1 pr.). Essa ha subito la mano dei compilatori, come ha dimostrato ottimamente il Pampaloni ³⁾; ma, fortunatamente per noi, l'esistenza o meno dell'interpolazione non scema affatto la forza dell'argomento che da questa legge vuol derivare l'opinione dominante. Nel caso supposto dalla l. 12 chi compie l'alienazione fraudolenta è un « filius familias », e i creditori danneggiati si rivolgono contro il « pater familias ». Pare che il diritto classico desse loro un'azione nossale, mentre il diritto giustiniano dà un'« actio de peculio »; ma, comunque sia, certo è che nel l. 18 *Digestorum* Marcello accordava contro il « pater familias » del « fraudator » il mezzo giuridico del primo editto, di cui egli trattava in questo punto della sua opera. Ciò vuol dire che il mezzo giuridico, qualunque esso sia, del primo editto poteva intentarsi anche contro il « fraudator ». E l'opi-

¹⁾ Op. cit. pag. 5 sgg.

²⁾ MARCELLUS, l. 18 *digestorum*. « Si pater filio familias liberam peculii administrationem dederit, non videtur ei et hoc concessisse, ut in fraudem creditorum alienaret; talem enim alienationem non habet. At si hoc quoque concessit filio pater, ut vel in fraudem creditorum facere possit, videbitur ipse fecisse et sufficienter competentes adversus eum actiones. Etenim filii creditores etiam patris sunt creditores, cum eius generis videlicet habebunt actionem, ut his de peculio praestari necesse sit ».

³⁾ *Studi sopra il delitto di furto*, fasc. II, pag. 73 sgg. (estratto dagli *Studi senesi*, vol. XVI).

nione dominante si richiama dunque con ragione alla l. 12, quando, per dimostrare che le ultime parole della l. 1 pr. concedono l'azione contro il « fraudator », assume che il mezzo giuridico del primo editto può dirigersi anche contro costui¹⁾.

Non altrettanto decisivo è il peso che si può annettere alla citazione della l. 25 § 7; poichè è ovvio obbiettare col Lenel che questo passo non si riferisce all'azione introdotta dall'editto di cui ragioniamo, ma, come mostra la sua iscrizione, all'« *interdictum fraudatorium* », o, più esattamente, ad un « *interdictum utile* », ovvero ad un'« *actio utilis ex interdicto* ». Infatti anch'io avevo notato questo gravissimo ostacolo, ed avevo cercato di superarlo²⁾. Sono ben lontano dal presumere di esservi riuscito, ma nondimeno mi sembra che il Lenel non abbia valutato tutta la portata delle mie osservazioni, le quali potrebbero forse legittimare il dubbio se, non ostante la sua iscrizione, la l. 25 § 7 si riferisca all'interdetto.

Io partivo dal § 1 della stessa l. 25, in cui si dice che l'interdetto è dato *rei restituendae gratia, non poenae nomine*; ed opponevo a questa dichiarazione quella del § 7, per cui l'interdetto si potrebbe promuovere contro il « fraudator », cioè contro il debitore che ha alienato ad altri ciò che dovrebbe restituire. Nè, rilevando l'antitesi fra i due paragrafi, io ho preteso di affermare cosa nuova e originale; poichè già la Glossa³⁾ aveva avvertito che la natura attribuita all'interdetto, allorchè è promosso contro l'acquirente, non può più sostenersi quando è convenuto lo stesso « fraudator ». Io poi non ho detto che l'« *interdictum fraudatorium* » presupponga il possesso del convenuto; ha potuto crederlo il Lenel⁴⁾, perchè la frase da lui citata diviene equivoca, isolandola dal contesto, ma sarà facile all'insigne scrittore accertarsi che ben altro è il mio pensiero, ove legga a pag. 142 sgg. del mio lavoro ciò che io dico intorno al convenuto nell'interdetto: « Il convenuto consapevole della frode non poteva liberarsi dall'obbligo di restituire ciò che aveva acquistato

¹⁾ Debbo avvertire, non perchè io voglia menarne vanto, ma perchè ciò scusa il Lenel, se non ha tenuto conto della l. 12, che, quantunque io abbia invocato (cfr. la mia *Revoca*, pag. 9) in appoggio della opinione dominante specialmente questo frammento, altri autori si fondano quasi esclusivamente sulla l. 25 § 7.

²⁾ Cfr. la mia *Revoca*, pag. 10 sgg.

³⁾ Ad v. « *haec actio* ».

⁴⁾ Op. cit. pag. 7, n. 10.

dal patrimonio del « fraudator », protestando di averlo trasmesso ad altri. *Il pretore non ha riguardo al possesso*, non all'arricchimento del convenuto. Questi è obbligato a restituire per ciò solo che ha acquistato fraudolentemente cose di pertinenza del decotto ». Io ho inteso di affermare, e non crederei di essermi male apposto, che la posizione del « fraudator » è tale, che non solo egli non ha il possesso delle cose alienate al momento in cui si procede contro di lui, ma in tanto è esposto all'interdetto in quanto ha alienato e perchè ha alienato con frode. I creditori hanno del resto contro di lui l'azione nascente dal credito; se quindi è concesso loro un altro mezzo giuridico, non può esserlo che a titolo di pena contro il « fraudator ». L'unico risarcimento che i creditori possono ripetere dal debitore è l'« id quod interest » pel mancato pagamento; a ciò provvede l'azione propria del credito; se essi hanno a loro disposizione un altro mezzo ancora, vuol dire che il debitore dovrà soddisfare anche la pena per la frode da lui perpetrata. Nel § 1 della l. 25 Labeone dichiara che il marito, il quale ha restituito la dote ai creditori del suocero, non può più essere convenuto con l'« actio rei uxoriae », perchè l'interdetto si dà « rei restituendae gratia », non « poenae nomine »; in altri termini, l'« actio rei uxoriae » diviene improponibile, perchè la dote è stata restituita dal convenuto con l'interdetto. Invece è sempre lecito sperimentare l'interdetto contro il « fraudator », benchè egli sia stato convenuto con l'azione nascente dal credito. Ecco perchè io son convinto, come lo erano i glossatori, che in questo caso, che è quello del § 7, bisogna riconoscere che l'interdetto è dato « poenae nomine », ha cioè una natura perfettamente opposta a quella che gli assegna Labeone nel § 1.

Questa constatazione, più che suggeritami, impostami dalle fonti, mi apriva il passo ad un'altra riflessione, sulla cui serietà io non posso neanche presentemente aver dubbi: vista la funzione nuova, che l'interdetto verrebbe ad assumere, ove s'intenti contro il « fraudator », è logico supporre che questo caso di applicazione dell'interdetto dovesse essere contemplato espressamente dall'editto. E naturalmente lo stesso dovrebbe dirsi, anche se, invece di un'estensione dell'interdetto (« interdictum utile »), si trattasse di un'« actio utilis ex interdicto ». Al contrario l'unico esempio di interdetto utile, che il pretore ha promesso espressamente nell'editto, è quello contro l'acquirente ignaro della frode.

Fin qui i miei argomenti, che il Lenel non si è curato di confutare, erano dedotti dalle fonti, le quali non mi sembrano affatto equivoche. Invece non vorrei attribuire la stessa certezza alle altre considerazioni con l'aiuto delle quali io giungevo alla conclusione oppugnata dal Lenel. Io ho ritenuto che le parole finali della l. 25 § 7, « praetor non tam emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, quam poenam », alludessero ad una clausola dell'editto che accordava il mezzo giuridico, di cui qui si tratta, contro il « fraudator ». E ne inferivo che, poichè la clausola, che concede il mezzo del primo editto (secondo me l'azione pauliana) contro il « fraudator », ci è nota (« idque adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo »), mentre non ci è stata conservata alcuna clausola che faccia altrettanto per l'interdetto, si potesse pensare con una certa verosimiglianza che il § 7 non si riferisse all'interdetto, ma al mezzo giuridico del primo editto. Nè mi pareva impossibile spiegare in qualche modo perchè in un passo, estratto da un trattato sugli interdetti, il giureconsulto si occupasse di un mezzo giuridico diverso. Io ho enunciato a questo proposito due congetture: per es. che Venuleio, pur occupandosi « ex professo » dell'interdetto, abbia avuto l'occasione di fare confronti con l'altro mezzo giuridico, che era anch'esso diretto contro le frodi del debitore, e, secondo ogni ragionevole presunzione, doveva diversificare dal primo su questo o quel punto; ovvero che il brano in questione non appartenesse originariamente all'opera di Venuleio, ma vi fosse stato trasportato da altro luogo. Questa seconda ipotesi (perchè, non è neanche necessario avvertirlo, si tratta di mere ipotesi) è anche più ardita della prima; e io avrei fatto forse bene a tacerla, per non dare materia di scandalo alle coscienze troppo timorate. Ma il Lenel non appartiene a questa categoria di dotti; vedremo tosto che egli concepisce la possibilità di simili trasporti da parte dei compilatori.

Ad ogni modo, se le mie congetture non piacciono, la conseguenza sarà che io non sono riuscito a torre via l'ostacolo, che proviene dall'iscrizione del frammento, e che impedisce di ammettere che il § 7 della l. 25 si riferisca all'azione del primo editto. E così, se nessuno sarà in grado di proporre altre spiegazioni più plausibili, l'opinione dominante, a sostegno della quale io volli approfondire l'esame della l. 25 § 7, dovrà rinunciare a trarre argomento da essa

per la sua interpretazione della clausola finale della l. 1 pr. (« idque... servabo »). Ma anche coloro che, al pari del Lenel, affermano che l'interdetto competesse contro il « fraudator », dovrebbero cercar di distruggere quei rilievi che io ho fatto sulle fonti, i quali mettono in dubbio la loro tesi, perchè la verità di essi è indipendente dalla leggerezza o meno delle ipotesi che io ho potuto soggiungere.

Dal Lenel ¹⁾ mi è stato mosso il rimprovero di disconoscere che la l. 25 § 7 ²⁾ riporta una controversia, la quale sarebbe stata impossibile, se l'editto si fosse pronunciato espressamente per una delle opinioni in contrasto. Orbene questa accusa non mi colpisce. Non tocca a me il giudicare se io abbia colto la vera portata del dissenso fra Mela e Venuleio, ma certo è che, nel determinare il punto della disputa, io ho tenuto espressamente conto della esistenza dell'editto, che, secondo l'interpretazione mia e della maggioranza, accorda l'azione pauliana contro il « fraudator ». A pag. 155 agg. del mio lavoro è scritto che la teoria, respinta da me ugualmente che dal Lenel, giusta la quale non competerebbe nessun'azione « ex ante gesto » contro il debitore, si fonda specialmente sulla l. 25 § 7, in cui Venuleio riferisce l'opinione di Mela, che reputava non si dovesse dare l'azione contro il « fraudator, quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur et iniquum esset actionem dari in eum, cui bona ablata essent ». Queste parole sono intese dal Lenel ³⁾ in modo diverso dalla comune interpretazione: Mela rifiuterebbe il mezzo giuridico, di cui si tratta nel nostro passo, non già perchè non fosse data alcun'azione contro il « fraudator post bonorum venditionem », ma perchè l'azione riuscirebbe inefficace « propter inopiam adversarii » (arg. l. 6 D. 4. 3.). Se non che io facevo riflettere che tanto l'interpretazione comune, quanto quella del Lenel, danno luogo a gravi difficoltà. I due motivi, con cui Mela giustifica la propria opinione,

¹⁾ Op. cit. pag. 8, n. 11.

²⁾ VENULEIUS, l. 6 *interdictorum*: « Haec actio etiam in ipsum fraudatorem datur, licet Mela non putabat in fraudatorem eam dandam, quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur et iniquum esset actionem dari in eum, cui bona ablata essent. Si vero quaedam disperdidisset, si nulla ratione recipere possent, nihilo minus actio in eum dabitur et praetor non tam emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, quam poenam ».

³⁾ *Edictum perpetuum*, pag. 347; *Edict perpetuel*, II, pag. 171.

non si accordano bene insieme. Infatti, posto che Mela neghi l'azione perchè il diritto vigente non accorda alcun'azione contro il « frandator ex ante gesto », è inutile che poi aggiunga esser iniquo il darla. Peggio ancora, se si ammette che il giureconsulto neghi l'azione perchè sarebbe inefficace; allora l'accordare un'azione simile non è equo nè iniquo, è semplicemente un perder tempo. Di fronte poi all'editto della l. 1 pr. io giudicavo strana così l'affermazione che non si dà nessun'azione « ex ante gesto », come l'altra che l'azione è inefficace. È strana la prima perchè Mela non poteva nè ignorare nè negare l'esistenza di un editto che almeno un'azione (secondo me la pauliana) accordava « ex ante gesto »; anche più strana è la seconda, perchè il giureconsulto nè poteva mai pensare che il pretore promettesse nel suo editto un'azione in tutti i casi necessariamente inefficace, nè poteva aver dimenticato che, oltre l'esecuzione sul patrimonio, il diritto romano conosce anche l'esecuzione sulla persona. Per queste considerazioni io ho supposto che le parole « quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur » non fossero genuine; Mela, a mio avviso, avrebbe censurato l'editto perchè iniquo « quia iniquum esset actionem dari in eum cui bona ablata essent », e Venuleio lo avrebbe giustificato, mettendo in rilievo lo scopo penale che si prefiggeva il mezzo giuridico ivi promesso, il quale menava necessariamente all'imprigionamento del convenuto, non essendo questi in grado di soddisfare la sua obbligazione.

Vede ognuno che, se possono essere criticati gli altri seguaci dell'opinione dominante, per conto mio io avevo concepito la controversia tra Mela e Venuleio in modo che essa non diviene impossibile, anche se le parole finali della l. 1 pr. avessero il significato che loro attribuisce l'opinione dominante. Io potrei quindi vantarmi di aver prevenuto la difficoltà che è stata oggi affacciata dal Lenel, e di aver evitato che vi fosse contraddizione fra il mio modo di intendere la l. 1 pr. e quello in cui spiego la l. 25 § 7. Mela e Venuleio conoscevano entrambi la norma edittale, ma, mentre Mela la trovava iniqua, Venuleio l'approvava. Il caso di critiche rivolte dai giuristi romani all'editto pretorio non è nuovo; e posso perciò sperare che la mia interpretazione della l. 25 § 7 sia ritenuta per lo meno non inverosimile. Neanche l'idea che le parole « quia nulla actio rel. » non siano genuine, credo di dover abbandonare; ancorchè non mi fosse

più lecito argomentare dal principio sancito nella clausola « idque... servabo », perchè il suo significato è contestato, rimarrebbero gli altri argomenti addotti nella citata mia monografia.

Vediamo ora che cosa pensi il Lenel della l. 25 § 7. Egli ritiene che in questo frammento non sia in questione una clausola dell'editto, ma una prassi del pretore, che Venuleio giustifica con le parole più volte ricordate. Se mi si concede che la controversia fra i giureconsulti non esclude in modo assoluto la praeenza nell'editto di una clausola relativa all'azione o ad altro mezzo giuridico contro il « fraudator », si dovrà riconoscere che, in sè considerata, l'affermazione del Lenel è altrettanto verosimile quanto la nostra. Con la sola l. 25 § 7 non si verrà mai a capo di nulla; solo, tenendo conto degli elementi che ci offrono gli altri testi, si potrà decidere quale delle due tesi meriti la preferenza. Non è neanche di sicura efficacia l'invocare, come fa il Lenel, il tenore della frase che precede immediatamente l'argomento venuleiano, « *nihilominus actio in eum dabitur et praetor non tam emolumentum actionis rel.* ». Il nostro testo mostra in più punti le tracce della mano dei compilatori; per es. io non dubito, e credo di averlo dimostrato ¹⁾, che le parole « si vero quaedam desperdidisset, si nulla ratione recipere possent » siano tribonianee. Sicchè non mi pare convenga insistere troppo sulle parole « *nihilominus actio in eum dabitur* » tanto da volerne argomentare il significato della frase seguente « *et praetor rel.* », quando può sospettarsi per lo meno se quelle parole conservino la loro originaria connessione.

Ben altra e più forte impressione mi sembra debba produrre il ragionamento seguente, nel quale io condenso le osservazioni da me fatte altrove, e che sopra son venute richiamando. Da un frammento, la l. 12 D. h. t., risulta che il mezzo giuridico del primo editto era dato contro il « fraudator »; le parole con cui si chiude questo editto, e che hanno tutta l'apparenza, lo riconosce lo stesso Lenel ²⁾, di essere genuine, si interpretano nel modo più naturale ritenendo che esse accordino il mezzo giuridico ivi promesso contro il « fraudator »; niente di simile noi troviamo nell'editto sull'interdetto, nè si può pensare che la clausola relativa sia stata soppressa dai compi-

¹⁾ Cfr. la mia *Revoca*, pag. 10, 51, 58.

²⁾ Op. cit. pag. 7.

latori, perchè essi non avevano alcuna ragione di farlo, una volta che anche l'azione giustiniana è ammessa contro il «fraudator»; infine, non ostante la l. 25 § 7, si può forse dubitare che la giurisprudenza abbia accordato un interdetto utile o un'«actio utilis ex interdicto» contro il «fraudator», derogando a quella che la stessa l. 25 § 1 considera come la funzione propria dell'interdetto: *rei restituendae gratia datur, non poenae nomine*.



Ma, spinto dalle critiche del Lenel, io mi sono lasciato trasportare a tessere la difesa delle mie opinioni, laddove altro è lo scopo di queste pagine. Ne chiedo dunque venia al lettore, e concedo all'avversario tutto quanto è possibile.

Ammettiamo pure che contro il «fraudator» competesse un «interdictum utile» o un'«actio utilis ex interdicto»; di qui non si potrà trarre davvero un argomento per escludere che contro di lui si desse il mezzo giuridico contemplato dal primo editto, mentre dalla l. 12 si deduce chiaramente che esso era dato contro il «fraudator». La conseguenza a cui logicamente si arriva, ed è infatti accolta da alcuni scrittori, se si ritengono genuini tanto il § 7 della l. 25 quanto la chiusa della l. 1 pr., è che contro il «fraudator» possano intentarsi tanto il mezzo giuridico del primo editto quanto l'interdetto.

Vero è che il Lenel nega che le parole finali della l. 1 pr. avessero nel contesto originale il significato che assegna loro la maggioranza degli interpreti; e, quantunque finora noi abbiamo visto che il Lenel non è riuscito a confutare l'interpretazione comune, la quale trova nella l. 12 un fortissimo appoggio, ben potrebbero gli altri argomenti addotti dall'illustre scrittore dargli ragione. Esaminiamoli.

Di un'azione contro il «fraudator» tratta anche la l. 10 § 24 D. h. t.,¹⁾ ma non dell'azione revocatoria normale, bensì di quella che si accorda «post annum» nei limiti dell'arricchimento. Poichè il fram-

¹⁾ ULPIANUS, l. 73 ad edictum: «Hæc actio post annum de eo quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit: iniquum enim praetor putavit in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude: idcirco lucrum ei extorquendum putavit. Sive igitur ipse fraudator sit, ad quem pervenit, sive alius quivis, competit actio in id quod ad eum pervenit dolove malo eius factum est, quo minus perveniret».

mento è estratto dal l. 73 « ad edictum » di Ulpiano, si potrebbe pensare che esso si riferisse all'interdetto (un caso di « interdictum utile »); secondo il Lenel invece nell'albo sarebbe stata proposta per questo caso un'« actio in factum ». Ma questo è un punto secondario: « interdictum utile » o « actio in factum », ciò che importa è di spiegare perchè il giureconsulto consideri il « fraudator », non solo come un possibile convenuto, ma come il convenuto che si presenta in prima linea (« sive ipse fraudator sit sive alius quisque »). Afferma il Lenel che ciò accade perchè il pretore stesso lo ha messo in rilievo, ossia ha dichiarato espressamente la competenza dell'azione contro di lui. Fermiamoci qui. L'« interdictum utile » o l'« actio utilis ex interdicto » contro il « fraudator » non è stata espressamente accordata dall'editto (così, abbiamo visto, ritiene il Lenel); invece contro il « fraudator » è stata con apposita clausola ¹⁾ concessa l'« actio in factum post annum ». Ecco una circostanza che io troverei un po' strana; oppure scrive il Lenel ²⁾ che « so fern es liegt die Anfechtungsklage selbst gegen den fraudator zuzulassen, so leicht können Fälle vorkommen, in denen die Klage auf id quod ad eum pervenit gegen ihn durchaus am Platze ist ». Non sarebbe stato male però che il Lenel ci avesse indicato qualche esempio di codesti casi che egli crede così facili a verificarsi. Perchè, o io m'inganno, o qui s'appunta tutta la questione. Per qual motivo dopo l'anno dovrebbe apparire naturale e necessario di dare un'azione contro il « fraudator », mentre nessuno dovrebbe pensare a farlo sin da principio? Lasciamo pur correre che, se anche l'azione revocatoria stessa non è stata concessa dall'editto contro il « fraudator », essa è stata introdotta dalla pratica, come in base alla l. 25 § 7 ammette lo stesso Lenel. Ma soprattutto noi non siamo mai riusciti a capire COME IL « FRAUDATOR » POSSA OTTENERE UN ARRICCHIMENTO PER MEZZO DELLE SUE ALIENAZIONI FRAUDOLENTE, CHE OCCORRA FARGLI RESTITUIRE CON UN'AZIONE SPECIALE.

Noi sottoscriviamo alle seguenti parole del Lenel: « Ist ein Teil des Vorteils aus der fraudulosen Veräußerung an den fraudator gelangt, so ist von dem beteiligten Dritten post annum dessen voller Wert nicht mehr hereinzubringen, weil er ja selbst nur auf die Bereiche-

¹⁾ Cfr. LENEL, op. cit. pag. 12: « Wenn aber eine derartige Klausel an das interdictum fraudatorium angehängt gewesen sein sollte », ecc.

²⁾ Op. cit. pag. 12.

runge haftet, und zur Ergänzung dient den Gläubigern die Klage gegen den Fraudator». Però l'illustre romanista ci perdoni, se continuiamo a non sapere come « ein Teil des Vorteils aus der fraudulosen Veräußerung an den fraudator gelangt » SENZA CHE NE PROFITTINO ANCHE I CREDITORI, INDIPENDENTEMENTE DALLA PRETESA ACTIO IN FACTUM.

Se trattasi di alienazioni, fraudolente sì ma vere, un solo vantaggio può venirne di regola al « fraudator », ed è il corrispettivo prestato dall'altra parte. Orbene, se questo sussiste ancora nel patrimonio del debitore, servirà alla soddisfazione dei creditori; se più non sussiste, manca l'arricchimento, e quindi la base dell'« actio in factum ». Si vorrà forse immaginare che l'acquirente abbia ritrasferito al « fraudator » una parte di ciò che ha acquistato da lui? Ma così torniamo da capo: ciò che il « fraudator » ha ricevuto indietro forma parte dei « bona fraudatoris »¹⁾. Più spesso nei negozi simulati accadrà che, non solo una parte, ma tutto il vantaggio dell'alienazione fraudolenta rimanga effettivamente presso il « fraudator »; peraltro i creditori opporranno la nullità dell'alienazione. Dunque che bisogno c'è di conceder loro un'« actio in factum » fondata sull'arricchimento del « fraudator »? Ed è egli ammissibile che giureconsulti, come i romani, abituati a serbare costantemente il contatto con la realtà vivente, abbiano introdotto un mezzo giuridico che nessuna ragione logica giustifica, che nessun bisogno pratico reclama? Ecco il motivo per cui noi abbiamo supposto che l'inciso riflettente il « fraudator » fosse nella l. 10 § 24 interpolato.

Invece il Lenel crede che a questa conclusione ci abbia indotti soltanto la nostra opinione preconcepita sulla differenza tra « l'actio pauliana » e l'interdetto. No, dimentichiamo la nostra opinione sul rapporto fra i due editti, condanniamola anche, se così piace; la l. 10 § 24 sia pur genuina, ma il romanista, il quale crede che contro il « fraudator » l'editto abbia concesso un'azione basata sul suo ar-

¹⁾ Per dimostrare che i creditori avessero bisogno di un'azione speciale contro il « fraudator » fondata sull'arricchimento, il Lenel non potrebbe neanche invocare l'eventualità che le cose alienate pervengano al debitore dopo compiuta la « venditio bonorum ». Giacché anche in questo caso i creditori sarebbero muniti dell'azione nascente dal credito; infatti abbiamo avuto occasione di ricordare poco sopra che il Lenel ammette che i creditori possano agire « ex ante gesto post bonorum venditionem ».

ricchimento, ha l'obbligo di dimostrare che nel sistema del diritto romano era sentita la necessità, o per lo meno l'utilità, di quest'azione. Dev'essere però un problema abbastanza difficile a risolvere, se io ne ho cercato indarno la soluzione negli altri autori, e se non ce l'ha data neanche il Lenel.



Su d'una base così discutibile crede ora il Lenel di poter edificare tutto un castello di ipotesi dirette a spiegare la presenza nella l. 1 pr. della clausola « idque ... servabo ». Ammesso che all'editto sull'interdetto sia stata aggiunta una clausola relativa all'« actio in factum post annum », non è certo inverosimile supporre che essa non sia mancata neppure nell'editto parallelo. Ora, immaginando che dopo la promessa della « restitutio » l'editto contenesse a un di presso le parole:

... post annum de eo quod ad eum quocum agetur pervenerit iudicium dabo,

il seguito « idque etiam ... servabo » diviene chiaro e perfettamente intelligibile. A chi poi domandasse perchè i compilatori abbiano cancellato, nell'editto sulla « restitutio in integrum », la clausola che si riferiva all'« actio in factum », mentre pure essi ne mantenevano in vigore il contenuto, come prova la l. 10 § 24, il Lenel risponde con altre ipotesi. È possibile che il commentario a quella clausola non fosse utilizzabile per gli scopi dei compilatori, perchè presupponeva la « restitutio »; forse anche il tenore della clausola, che noi non conosciamo, faceva difficoltà. Infine potrebbe anche darsi che un'azione « post annum » fosse promessa solo dopo l'interdetto, e non anche nell'editto sulla « restitutio »; e che siano stati i compilatori, i quali non compresero lo speciale riferimento della proposizione « idque ... servabo », a trasportarla dal suo posto originario nell'editto della l. 1 pr., guidati anche qui dalla loro intenzione unificatrice.

Altri forse, se pure non lo trattenga la fama del Lenel, dirà che queste interpolazioni sono gratuitamente asserite; non noi, che comprendiamo come una critica simile sarebbe tutt'altro che serena e giusta. Le difficoltà che il tema presenta sono tali e tante, e così scarso il materiale positivo che si può mettere a contributo, che è fatale il biso-

gno di ricorrere a congetture; altrimenti, se si teme la taccia di audaci, non c'è che rinunciare a camminare sull'orlo del precipizio. Ma chi ha fiducia che per questo pericoloso sentiero si possa, certo non senza cadute, toccare la meta, fa bene ad avventurarvisi. Le ipotesi emesse dal Lenel non sono assurde; quindi il giudizio, che si deve dare di esse, dipende dall'apprezzamento che si fa del punto di partenza e di quello di arrivo. Ed è precisamente per valutare appieno e nel modo più conveniente il punto da cui è mosso l'autore, che io insisto nell'esigere una giustificazione convincente di quella « *actio in factum* », che sembrerebbe risultare dalla l. 10 § 24, ma la cui opportunità e ragionevolezza sono per me un mistero. Questo è l'unico motivo per cui io non ho il coraggio di seguire il romanista di Strassburgo su di una via, di cui mi è oscuro il principio. Nè, a dir vero, molto chiara mi appare neanche la fine.

Per il Lenel¹⁾ è evidente che, se il pretore avesse voluto semplicemente promettere anche contro il « *fraudator* » l'azione prima promessa in modo generale, egli non lo avrebbe sicuramente fatto con le parole stranamente incolori che noi leggiamo nella l. 1 pr., ma piuttosto avrebbe detto senza alcun dubbio: « *hanc actionem etiam adversus eum qui fraudem fecit dabo* ». Dunque, secondo il nostro autore, un periodo, come presso a poco questo:

Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his eurator bonorum intra annum, quo experiundi potestas fuerit, iudicium dabo. Idque ... servabo

costituisce qualcosa di assolutamente inammissibile. Ma davvero che con la sua congettura il Lenel è riuscito a togliere tutte le difficoltà formali e sostanziali che egli scorge nella proposizione finale « *idque ... servabo* », quando essa figura nel contesto in cui ce la offrono le Pandette? Tutti gli sforzi dell'acuto scrittore hanno per risultato la supposizione di un periodo, che non è gran fatto diverso dal precedente:

Post annum de eo quod ad eum quocum agetur pervenerit iudicium dabo. Idque ... servabo.

Chi attribuisce al pretore questo pensiero - io darò l'azione sotto certi presupposti contro il partecipe della frode, e questo farò anche

¹⁾ Op. cit. pag. 8.

contro lo stesso « fraudator » - gli attribuisce qualcosa di mostruoso. Invece niente di simile accade se si fa dire al pretore: - io darò l'azione dopo l'anno per l'arricchimento, e questo farò anche contro lo stesso « fraudator ». Che cosa ha potuto compiere il miracolo di rendere irreprensibile quella proposizione, che prima meritava ogni sorta di censure? « Das Gewicht liegt dann nicht auf dem iudicium dabo, sondern auf dem de eo quod ad eum pervenerit ». Io credo invece che, anche nella connessione in cui si trova nel Digesto, l'*idque* non si riferisca solamente al « iudicium dabo », ma a tutto il periodo precedente: poichè il pretore appunto vuol dire che egli manterrà anche contro il « fraudator » la promessa dianzi fatta, cioè di accordare un'azione nei casi, alle condizioni ed alle persone anzidette. In conclusione mi pare che il Lenel ci abbia dipinta la proposizione finale della l. 1 pr. per più incresciosa che essa non sia in realtà; e che, se il male esiste, il rimedio escogitato non lo guarisca del tutto.

Dopo ciò diviene superfluo l'indagare quale grado di verosimiglianza, poichè io non nego che esse siano possibili, abbiano le congetture con cui il Lenel tenta di spiegare perchè la clausola « post annum de eo ... iudicium dabo », da lui supposta, sia stata omessa dai compilatori riferendo l'editto della l. 1 pr. Si potrebbe osservare che, se il commentario di quella clausola edittole non fosse stato utilizzabile dai compilatori, perchè presupponeva principii da loro aboliti, essi avrebbero soppresso il commentario, ma avrebbero probabilmente lasciato stare la clausola, la quale sanciva una norma da essi rispettata. Un'altra obbiezione potrebbe essere che, per quanto è facile che i compilatori abbiano collocato, per inavvertenza o per ignoranza, sotto un titolo, frammenti che, se non fossero loro sfuggiti o se ne avessero compreso il significato, avrebbero dovuto collocare sotto un altro o toglier via addirittura, altrettanto è poco probabile che essi abbiano trasportato di peso da un editto all'altro una frase male intesa; per lo meno questa ipotesi ci sembra più inverosimile che non sia quella da noi avanzata a proposito della l. 25 § 7, che più passi di uno stesso giureconsulto, relativi ad argomenti diversi per quanto affini, siano stati utilizzati per ricavarne un solo estratto da inserirsi nella compilazione.

Ma tutte queste ed altre riflessioni che si potessero fare, concernerebbero questioni di dettaglio e secondarie; per me la questione grossa ed essenziale sta, come dicevo, in ciò che, mentre la proposi-

zione « idque ... servabo » non offre nè per la forma nè per la sostanza difficoltà gravi ed insuperabili, l'« actio in factum » per l'arricchimento contro il « fraudator », che dovrebbe servire a spiegarla, è un vero e proprio enigma.



Scrivo benissimo il Lenel¹⁾ che, escluso che nell'editto genuino della l. 1 pr. fosse promessa un'azione, il pensiero corre subito necessariamente al disputatissimo paragrafo delle Istituzioni²⁾. Tutti coloro, e, nella storia dei sistemi immaginati per dare un assetto in certo modo organico all'istituto romano della revoca, non sono pochi, i quali hanno ammesso la « restitutio in integrum » sotto una od altra forma, si sono richiamati al § 6; e naturalmente vi ha fatto capo anche il Lenel. Il passo, tolto forse alle Istituzioni di Marciano³⁾, è stato profondamente modificato dai compilatori. La fine di esso sarebbe stata impossibile sulla bocca di un giurista classico; oggetto della rescissione doveva essere la « mancipatio », anziché la « traditio »; interpolate sarebbero anche le parole « ipsis creditoribus ». Ma, qualunque opinione si possa avere su questi emblemi, una cosa sembra sicura al Lenel, che, se nel diritto classico era data un'azione rescissoria per la revoca degli atti fraudolenti, questa rescissione doveva pur essere contemplata da un editto, al quale non si saprebbe assegnare altro posto all'infuori di quello in cui trovasi ora l'editto interpolato della l. 1 pr. Per dirla in breve, secondo il Lenel, questo editto prometteva originariamente al « curator bonorum » non un'azione, ma la « restitutio » contro le fraudolente alienazioni del debitore; e l'azione rescissoria del § 6 sarebbe stata proposta nell'editto come formula-tipo.

Il Lenel ha intesa tutta l'assurdità di un'azione rescissoria che si diriga contro lo stesso debitore; ma il lettore, che ha avuto la

¹⁾ Op. cit. pag. 9.

²⁾ § 6 l. 4. 6: « Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse ».

³⁾ Così anche FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniانو* nel *Bullettino dell'Istituto di dir. rom.* XIII (1900), pag. 192; cfr. tuttavia KÜBLER nella *Zeitschr. der Sav. Stift. f. Rechtsg.* XXIII (1902), pag. 523.

pazienza di seguirci fin qui, ha anche potuto vedere che la critica del Lenel non ha distrutto tutti quegli indizi, i quali portano a credere che l'azione del primo editto fosse data anche contro il « fraudator ». Ecco quindi una prima ragione di dubitare della esattezza della interpretazione offerta dal Lenel del § 6 I. cit.

Un altro motivo, che deve farci esitare ad ammettere questa nuova causa di restituzione, data l'assenza di notizie in proposito, è che questo sarebbe l'unico caso di « restitutio », di cui l'editto si sarebbe occupato fuori del titolo in cui sono riuniti tutti gli altri casi. Indarno il Lenel, a giustificare la collocazione dell'editto della l. 1 pr., invocherebbe la connessione in cui esso sta con l'editto « de constituendo curatore »; poichè indubbiamente il rapporto fra i due editti non è più intimo di quello che lega l'editto « quod falso tutore auctore gestum esse dicatur » con l'istituto della tutela. Eppure, se tale relazione è stata rilevata dai compilatori, che assegnarono all'argomento dell'editto ora ricordato un posto nella materia della tutela (D. 27. 6), essa non ha impedito a Giuliano di collocare l'editto nello stesso titolo con gli altri esempi di « restitutio ». Pertanto è ovvio supporre che, come l'editto sull'« interdictum fraudatorium » figura nella sua propria sede insieme cogli altri interdetti, così anche l'editto di cui ci occupiamo sarebbe stato compreso nel titolo « de in integrum restitutionibus », se tale fosse stato il suo contenuto¹⁾.

Contro la tesi del Lenel depone anche la l. 7 D. h. t., in cui Paolo riferisce l'opinione di Proculo, confermata da rescritti imperiali, che negava al compratore consapevole della frode il diritto di esigere il rimborso del prezzo da lui pagato. Il frammento appartiene al l. 62 « ad edictum », cioè al commentario dell'editto che, secondo il Lenel, avrebbe concesso al « curator bonorum » la « restitutio in integrum » contro le alienazioni fraudolente del debitore. Ciò posto, il principio accolto da Proculo e dai rescritti imperiali informati allo stesso ordine di idee del giureconsulto, è perfettamente contrario a quello che altrove regola gli effetti della « restitutio ». Esso si può con la l. 1 pr.

¹⁾ Ha probabilmente origine dal fatto, che questo preteso caso di « restitutio » non è dalle fonti menzionato insieme con gli altri, la dimenticanza di SAVIGNY, che, dopo averlo ammesso nel vol. V, pag. 27, nota *n* del suo *System*, non ne parla punto nel vol. VII, § 315 e sgg., in cui è esposto minutamente l'istituto della « restitutio in integrum ».

C. 2. 47 enunciare così, che «qui restituitur, sicut in damno morari non debet, ita nec in lucro», il che importa che tanto il leso quanto il suo avversario «in integrum ius suum recipiat» (l. 24 § 4 D. 4. 4). Giusta questo criterio le nostre fonti decidono che il minore, restituito contro una vendita dannosa, deve dal canto suo restituire al compratore il denaro ricevuto, a meno che egli non lo abbia dissipato¹⁾. Dai passi citati in nota non risulta che i giureconsulti abbiano avuto in proposito il menomo dubbio: essi mostrano di considerare come pienamente logico e razionale l'obbligo del minore alla restituzione del prezzo, piuttosto pare che sentano il bisogno di giustificare perchè il minore non sia tenuto quando il prezzo «rationibus eius non profuit». V'ha dunque antitesi completa con la situazione che offrono le fonti riguardo all'alienazione fraudolenta. Nè tale antitesi si può seriamente giustificare: il dolo, in cui versa chi ha comperato scientemente dal «fraudator», non muta la natura della «restitutio in integrum», la quale tende a riparare la lesione, sofferta da chi si trovava in una speciale condizione, mediante il ripristino dello stato giuridico anteriore. Ora da un lato i creditori non sono danneggiati fino a concorrenza del prezzo, se il patrimonio del «fraudator» se n'è arricchito, dall'altro il ritorno allo stato giuridico primitivo significa che i creditori debbono riprendersi il fondo venduto dal «fraudator», e il compratore deve riavere il prezzo pagato. Come è potuto allora avvenire che almeno alcuni dei nostri giureconsulti concepissero nel caso della vendita fraudolenta una «restitutio», la quale conduce ad arricchirsi a spese altrui? Non sarà questo un segno che erra il Lenel attribuendo all'editto della l. 1 pr. la concessione di una «restitutio in integrum fraudationis causa»?



Le osservazioni suesposte sono dirette, ed è facile accorgersene, contro la tesi che una «restitutio in integrum» fosse contemplata dall'editto della l. 1 pr., e che l'azione, a cui si riferiva l'autore del

¹⁾ Cfr. l. 24 § 4, l. 27 § 1, l. 47 § 1 D. 4. 4; l. 32 § 4 D. 26. 7; PAULI *Sentent.* l. 9. 7. Cfr. anche l. 2 C. 2. 51 (52), in cui chi ottiene la «restitutio in integrum» contro la vendita è la moglie di un militare. La stessa regola si applica alla «restitutio metus causa»: cfr. l. 3 C. 2. 19 (20); l. 1 C. 4. 44.

passo che ha servito di modello al § delle Istituzioni, fosse appunto l'azione nascente da quella « restitutio ». Invece noi non abbiamo sinora opposto nulla all'opinione, che non è quella del Lenel, ma è professata da altri autori, per es. dal Girard, secondo cui il diritto romano classico, oltre i rimedi delle ll. 1 pr. e 10 pr. D. h. t., avrebbe accordato anche la « restitutio in integrum » contro gli atti fraudolenti del debitore. In senso contrario a quest'opinione io mi sono pronunciato nel mio scritto più volte ricordato¹⁾, ma è opportuno riprendere un po' in esame questo punto, anche perchè non credo di averlo allora approfondito abbastanza²⁾.

Resta fermo per noi che l'azione rescissoria, di cui serberebbero ricordo le parole delle Istituzioni, non è da confondere con l'azione accordata dall'editto della l. 1 pr., rimane fermo anche che nel citato paragrafo delle Istituzioni non si avrebbe in ogni caso se non una reminiscenza storica, perchè il silenzio mantenuto sulla « restitutio in integrum ob fraudem » in tutto il resto della compilazione giustiniana, e specialmente nei titoli relativi del Digesto e del Codice, implica in Triboniano l'intenzione di abolire per il caso nostro il rimedio della « restitutio ».

Ma ci è forza confessare che chiunque ritiene che un editto collocato nel titolo « De in integrum restitutionibus » (del quale sarebbe scomparsa ogni traccia nei commentari a noi pervenuti, perchè questa causa di restituzione si volle deliberatamente sopprimere dai compilatori) promettesse la « restitutio » contro le alienazioni fraudolente, enuncia un'ipotesi, la quale non incontra le obiezioni opposte a quella del Lenel. Per giudicare se questa congettura sia plausibile, non v'ha altra pietra di paragone all'infuori di quella che consiste nel vedere se essa riesca a darci una spiegazione verosimile della genesi del famoso § 6.

A prima vista parrebbe di sì. Supposto infatti che il testo utiliz-

¹⁾ V. cap. I, nr. 3.

²⁾ Infatti non mi pareva che il vantaggio, che si sarebbe potuto trarre da un esame minuto delle molteplici teorie sostenute in passato sul sistema revocatorio romano, avrebbe corrisposto alla mole piuttosto farraginosa del lavoro; ma quasi sarei indotto a pentirmi di non averlo fatto, se guardo all'autorità di cui godono ancora molte opinioni che io reputo sicuramente erronee. Tale è appunto quella che il § 6. l. cit. possa servire di fondamento per ammettere l'esistenza nel diritto classico di una « restitutio in integrum ».

zato dai compilatori adducesse, fra gli altri esempi di azioni reali pretorie, anche l'azione rescissoria contro l'acquirente dal « fraudator », basta pensare ad una delle solite sviste dei compilatori per capire come essi abbiano creduto di poter conservare, con alcune modificazioni, il passo di cui ci occupiamo; essi hanno inteso di riferirlo all'azione revocatoria giustiniana, senza accorgersi che questa non ha affatto la natura di un'azione reale concessa « rescissa traditione ».

Il problema che, peraltro, io voglio sottoporre alla meditazione del lettore, è il seguente: ammesso pure che fosse data nel diritto romano classico una « restitutio in integrum » contro gli atti fraudolenti del debitore, ne sarà stata una conseguenza indeclinabile che dovesse competere ai creditori, o, se vuolsi, al loro rappresentante, il « curator bonorum », un'azione rescissoria contro l'acquirente dal « fraudator »? Chi abbia la pazienza di seguire il filo del nostro ragionamento, è possibile che si induca a dubitarne.

Altra volta io osservavo coll'Huschke che, mentre negli altri casi di « restitutio » a noi noti è sempre il titolare del diritto estinto che ottiene di essere restituito in « integrum », qui il subietto del diritto restituito non è identico al subietto del diritto perduto, perchè proprietario era prima il debitore, e dopo lo divengono i creditori. E la singolarità di questo preteso caso di restituzione doveva secondo me essere un argomento per dissuaderci dall'ammetterlo.

È questo precisamente il punto che a me pare di aver toccato troppo fuggacemente. Conviene anzitutto distinguere due opinioni: quella che attribuisce al « curator » il diritto di agire solo dopo compiuta la « venditio bonorum », e quella che ritiene possa agire subito dopo la « missio in bona ».

Il Lenel segue la prima. Orbene, in quale diritto debbono essere restituiti i creditori, perchè sia eliminato il danno a loro arrecato dall'alienazione fraudolenta? Evidentemente, nel diritto di soddisfarsi con le cose appartenenti al debitore, non nel diritto di proprietà che essi non hanno mai avuto sulle cose stesse. Invece l'azione rescissoria, che il « curator » promuove contro gli acquirenti, è l'azione la quale spettava prima dell'alienazione al « fraudator », cioè nel caso supposto dal § 6 cit. la « rei vindicatio »; con questa egli costringe il convenuto, se voglia evitare la condanna, a trasferirgli l'antica proprietà del debitore. È chiaro adunque che la « restitutio », se do-

vesse dar vita a una « rei vindicatio » contro il partecipe della frode, farebbe acquistare ai creditori, e per essi al loro rappresentante, un diritto che, come quello della proprietà sulle cose del debitore, essi non hanno potuto mai perdere, per la semplice ragione che non l'hanno mai posseduto. Ciò posto, l'osservazione dell'Huschke sarebbe ben fondata. Ma così si attribuirebbe alla « restitutio » un effetto esorbitante dal suo scopo, mentre basterebbe che i creditori fossero autorizzati a considerare come non avvenuta, per ciò che li concerne, l'alienazione compiuta dal debitore. A tal uopo non è necessario che essi diventino proprietari della cose alienata, basta che possano disporne per il loro soddisfacimento, per es. vendendola al migliore offerente.

Ci si farà forse osservare che nel diritto classico i creditori non avevano facoltà di impiegare nel proprio soddisfacimento singole cose di proprietà del debitore, ma dovevano venderne in blocco l'intero patrimonio. Ed è vero; ma noi lasceremo ad altri la cura di rispondere, se è possibile, a questa obbiezione, perchè siamo convinti che i mezzi revocatori si facessero valere dopo la « missio in bona », senza bisogno di attendere la « venditio bonorum »¹⁾. I creditori possono

¹⁾ Il LENEL sostiene a pag. 14 l'opinione contraria; ma anche qui, se non ci inganniamo, l'esame delle fonti, su cui dovrebbe fondarsi la sua tesi, appare incompleto. Come concilia il Lenel l'affermazione che la « restitutio » può chiedersi solo dopo compiuta la « venditio bonorum », col fatto che essa spetta al « curator », il cui ufficio sarebbe cessato da un pezzo quando quel mezzo giuridico diventerebbe esperibile? Come spiega l'illustre romanista che il § 6 cit. delle Istituzioni permette ai creditori di agire « bonis possessoris », e non presuppone anche la vendita; che la l. 9 D. h. t. (Paulus l. 62 ad edictum) parla semplicemente di un debitore « cuius bona possessione sunt »? Può egli negare che nella l. 8 D. h. t. Venuleio accorda al compratore convenuto con l'interdetto il diritto di ripetere il prezzo « si nummi soluti in bonis extent », e che queste parole importano che i « bona » non siano ancora venduti? E quale valore attribuiremo al racconto di Cicerone (Ad Atticum I, 1, 3), da cui risulta chiarissimamente che i creditori agivano prima che fosse nominato il « magister bonorum », cioè prima che fosse avvenuta la vendita?

Di tutte queste obbiezioni, che dal punto di vista esegetico sono decisive, non si preoccupa il Lenel (cfr. invece la mia *Revoca*, pag. 93 sgg.); egli si appoggia da un lato sulle ll. 6 § 14 e 10 § 18 D. h. t., dall'altro su di una considerazione dommatica. Quanto a quest'ultima noi crediamo che essa dipenda da un equivoco. Si assume che solo il risultato della « venditio » mette in chiaro se si sia verificato un danno pei creditori, e che a tal fine non basta il semplice fatto della « missio rei servandae causa », perchè questa ha luogo senza riguardo alla solvibilità e ai rapporti patrimoniali del debitore, anzi spesso senza che vi sia ecce-

allora pretendere di essere restituiti nel loro diritto di custodire i beni del debitore, ed il pretore, se avesse promesso la « restitutio in integrum », non potrebbe logicamente aver avuto altra intenzione se non che appunto di considerare come non avvenuta l'alienazione, e di immettere i creditori anche nei beni alienati. Insomma, da qualunque parte ci rivolgiamo, se è vero che la « restitutio » deve ripristinare il diritto perduto e non uno diverso, sempre troviamo che ai creditori, o al loro rappresentante, non può esser data un'azione che faccia ad essi acquistare una proprietà a cui non hanno mai avuto diritto.

Le fonti conoscono un altro caso di « restitutio », che è utile confrontare col nostro; alludo alla restituzione contro l'« alienatio iudicii mutandi causa facta ». Quando il possessore di una cosa si aspetta per causa di essa un'azione da parte di chi pretende avervi diritto, e aliena questa cosa ad un terzo col doloso proposito di peggiorare la situazione dell'attore mutando il convenuto, il leso ha contro l'alienante, oltre un'« actio in factum quanti nostra intersit alium adversarium nos non habuisse » (l. 1 pr. D. 4. 7), anche la « restitutio in integrum ». È facile capire che questa non può avere altro effetto se

denza del passivo. Ma tutto sta a vedere in che consiste l'« eventus damni » richiesto per l'esercizio della revocatoria. Poiché i Romani ne hanno permesso l'esperimento anche prima della vendita, ciò significa che essi riponevano il danno nel fatto che la « missio », in conseguenza delle alienazioni fraudolente, erasi ridotta per i creditori un mezzo inefficace allo scopo cui doveva servire, di agire sulla volontà del debitore (v. la mia *Revoca*, pag. 96). Nè si tema che questo concetto menì al risultato poco logico di far revocare le alienazioni compiute da un debitore il cui patrimonio è ancora solvibile; poichè, se i Romani non hanno fatto della insolvenza un requisito per sè stante all'ammissibilità della revoca, (come sarebbe accaduto se l'avessero sottoposta alla condizione della previa « venditio bonorum »), essi hanno però richiesto il « consilium fraudis », ed è ovvio che il giudice non potrà convincersi che il debitore, diminuendo il suo patrimonio, abbia voluto frustrare le ragioni dei creditori, se non quando ciò che resta non basta a soddisfarli tutti. Quindi nel caso che i creditori siano stati immessi in un patrimonio ancora capace, e chiedano la revoca delle alienazioni compiute dal debitore, essi saranno respinti, non già perchè bisogna attendere il risultato della « venditio bonorum », ma perchè essi non riusciranno a dimostrare uno dei presupposti fondamentali dell'azione, il « consilium fraudis ». Ciò posto, ci si potrebbe obiettare che i creditori avranno spesso ritenuto opportuno di aspettare che con la « venditio » fosse assodata l'insolvenza del debitore, piuttosto che sottostare alle difficoltà di una prova da fornirsi con altri mezzi. E noi non abbiamo alcun ritegno ad ammettere questa possibilità, come pure non possiamo non riconoscere col Leucl, che, specie se il processo della « venditio bonorum » si compie nei

non che di permettere il giudizio con l'alienante « perinde ac si consideret » (l. 3 § 4 D. 4. 7). È assurdo pensare ad un'azione rescissoria che venga accordata in conseguenza della « restitutio in integrum »; anche senza di questa il danneggiato potrebbe intentare la sua azione contro l'acquirente, ma, appunto perchè ciò non gli torna conto, egli domanda di essere restituito in intero contro l'alienante. In questo caso adunque nessuno dubita che l'efficacia della restitutio sia tale quale importa logicamente il concetto stesso di essa, che ha per fine di ristabilire lo stato anteriore dei rapporti giuridici.

Ora, tenendo presente questo concetto, non si può negare la ve-

termini minimi previsti dall'editto, non solo i creditori non soffrono ad aspettarne la fine, ma potrebbero invece risentir danno, se dovessero attendere la decisione del giudizio revocatorio prima di procedere alla vendita degli altri beni del « fraudator ». Se non che queste riflessioni potranno indurci a credere che, se non l'introduzione, per lo meno la risoluzione del giudizio revocatorio seguisse, più o meno frequentemente, dopo la « venditio bonorum »; ma non distruggono ciò che si deduce dalle fonti, ossia che per l'ammissibilità della revoca è sufficiente la « missio in bona ».

Neppur giova allegare in contrario la l. 10 § 17 D. h. t., che nega l'interdetto a colui al quale « bona sint addicta libertatum conservandarum causa » perchè egli succede « ut rata sint quae pater familias gesserat ». Secondo il Lenel (pag. 16) l'antitesi che avrebbe avuto presente il giurista, sarebbe stata quella della effettiva « bonorum venditio »: solo i creditori rimasti insoddisfatti con la « venditio bonorum » possono chiedere l'interdetto, non il terzo che si è fatto attribuire l'eredità per evitare che fosse venduta. Mi pare che questa supposta antitesi non faccia brillare di luce migliore il pensiero ulpiano: la circostanza che qui decide, non è già quella che in un caso si è effettuata la « bonorum venditio », senza che il ricavato bastasse a soddisfare tutti i creditori, nell'altro « l'addictio » si è compiuta per evitare la vendita: bensì importa che in un caso sono i creditori, i quali hanno diritto di impugnare gli atti fraudolenti del loro debitore, nell'altro chi si è fatto attribuire l'eredità (al pari del vero erede; cfr. l. 4 C. 7. 75) deve rispettare gli atti compiuti dal defunto, di qualunque natura essi siano, e quindi non può avere l'interdetto.

Certamente la testimonianza dei passi da noi citati è contraddetta dalle ll. 6 § 14 e 10 § 18 invocate dal Lenel, poichè queste fanno decorrere la prescrizione dal momento della « venditio », ed è normale che la prescrizione cominci quando il mezzo di cui si tratta diviene esperibile; è contraddetta anche dalla c. 5 del Codice h. t., e forse pure dalle cc. 1 e 2, non richiamate dal Lenel, ma di cui noi abbiamo tenuto conto (v. la mia *Revoca*, pag. 98 sgg.). L'interprete ha pertanto dinanzi a sé il compito di mettere d'accordo queste diverse dichiarazioni: noi riteniamo che non sia possibile se non una conciliazione storica, e poichè le fonti più copiose e più sicure son quelle che ci attestano bastare la « missio in bona » perchè competano i mezzi revocatorii, non ci pare ardito supporre che l'altro principio, accolto dai testi che sono in minor numero e più sospetti, debba

rità di ciò che noi abbiamo sopra affermato: che se il pretore avesse accordato la « restitutio » contro le alienazioni fraudolente del debitore, egli non avrebbe potuto avere altra intenzione che quella di rimettere i creditori nella stessa posizione giuridica, che essi avrebbero avuto di fronte al patrimonio del debitore, se i beni non fossero stati alienati. Ed è troppo ovvio, perchè occorra spendervi intorno altre parole, che il ripristinamento dello stato giuridico anteriore pei creditori non implica, anzi esclude, che essi possano divenir proprietari delle cose alienate dal loro debitore. Questo è peraltro l'effetto che avrebbe la pretesa azione rescissoria; onde bisogna decidersi a ripudiarla.

la sua origine al mutamento sopravvenuto nel procedimento esecutivo romano; invero esso corrisponde al nuovo sistema di esecuzione meglio che non faccia il precetto classico (vedi per tutto ciò la mia *Revoca*, pag. 97 sgg., pag. 194 sgg.).

Il Lenel nella *Paltingenest* II, pag. 790 n. 1 aveva espresso il dubbio che le parole « ex die factae venditionis » della l. 6 § 14 fossero un glossema; il motivo da cui questo dubbio proveniva (e che noi dobbiamo confessare di aver male inteso; v. op. cit. pag. 197), è ora riconosciuto falso dallo stesso Lenel, poichè egli, e con ragione, non accetta più la teoria del Dernburg, che l'editto della l. 1 pr. si riferisca al caso della « distractio bonorum », l'interdetto a quello della « bonorum venditio ». Discende invece logicamente dalla tesi da noi sostenuta la conclusione, che le ll. 6 § 14 e 10 § 18, in quanto fanno decorrere la prescrizione dal momento della « bonorum venditio » anzichè da quello della « missio », siano interpolate. E nondimeno, sebbene questa fosse la nostra opinione, come è facile dedurre dal nostro scritto, abbiamo schivato di affermarla esplicitamente. L'una difficoltà ci aveva arrestati per via. Se i compilatori avessero posto le mani in quei due testi, non avrebbero per avventura sostituito alla « missio » la « distractio bonorum »? Al contrario non è inverosimile attribuire ai bizantini frasi che alludono alla « bonorum venditio » o la nominano espressamente? Questa considerazione non ha potuto distoglierci, data la contraddizione fra i testi, dal risolverla nel modo che ci pareva storicamente e dommaticamente più probabile, ma ci ha fatto esitare, contro la nostra abitudine, ad enunciare esplicitamente ciò che era implicito nel nostro ragionamento. Confessiamo ora il peccato, tanto più volentieri che vediamo formulata dal Lenel, contro l'ipotesi della interpolazione, la stessa obiezione che aveva un po' scossi anche noi. Ma aggiungiamo in pari tempo che questa obiezione presentemente ci lascia indifferenti, poichè un esame attento della compilazione giustiniana ci ha permesso di constatare che i testi classici, nei loro accenni alla « bonorum venditio », sono stati quasi costantemente rispettati, mostrando così che ai compilatori la terminologia classica è sembrata adatta per significare anche i nuovi istituti. È chiaro infatti che anche il processo esecutivo giustiniano può esser chiamato « bonorum venditio », quantunque la vendita dei beni si effettui ora in modo diverso che nel diritto classico. Ciò posto, è ben possibile che i compilatori si siano serviti dei termini antichi, da loro non ripudiati, per far dire ai passi di cui ci occupiamo che la vendita, e non già la « missio », segna l'inizio della prescrizione.

Il risultato di queste modeste considerazioni dommatiche, è, dal punto di vista esegetico, la condanna di tutte le opinioni che vorrebbero dedurre dal § 6 l. cit. l'esistenza nel diritto classico di una « restitutio ob fraudem ». Questa ipotesi potrebbe esser probabile solo se riuscisse a spiegarci l'azione revocatoria reale, di cui quel paragrafo sembra attestarci l'esistenza. Ma invece, ammesso anche che fosse accordata la « restitutio », bisogna escludere che essa facesse rivivere la proprietà del « fraudator » nella persona dei creditori o del « curator bonorum », bisogna escludere cioè l'azione rescissoria. L'ipotesi, che non ha altra base testuale all'infuori del § 6, e non è capace di spiegarci adeguatamente neppure il contenuto di questo, deve pertanto essere abbandonata. Il § 6 rimarrà una croce per gli interpreti, ma è preferibile tormentarsi ancora intorno ad esso piuttosto che addormentarsi nella tranquillità di una soluzione addirittura impossibile ¹⁾.

¹⁾ Anche questo nodo, ci si perdoni l'audacia, abbiamo tentato di sciogliere nella *Revoca*, pag. 46 sgg. Naturalmente non abbiamo potuto proporre che una semplice congettura, la quale sarà forse meno accettabile delle altre, ma per la quale anche oggi ci pare di aver adoperato cautamente lo scarso materiale offertoci dalle fonti. Stabilito, come ora abbiamo fatto, che, esistesse o no contro gli atti fraudolenti del debitore la « restitutio in integrum », in ogni caso non è ammissibile che il diritto classico accordasse ai creditori l'« actio rescissoria », ne segue che il § 6 l. cit. non può essere stato composto con l'aiuto di un testo che riferisse o commentasse o comunque accennasse alla formula di codesta azione. Eppure non si può dar torto a quegli autori, i quali nelle parole « id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse », benché probabilmente l'esempio della tradizione non sia classico, ma sia stato sostituito a quello della « mancipatio », scorgono un'allusione alla formula dell'azione di cui qui si tratta. La Parafrasi ribadisce in modo espresso la verità di questa osservazione, ed acutamente il FERRINI (*Note critiche al libro IV dello Pseudo Teofilo nei Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, serie 2^a, vol. 17 [1884], pag. 897) ha mostrato come anche questo luogo del Parafraste ci fornisca un valido sussidio per ricostruire lo schema originario della Pauliana. Tutto ciò indica chiaramente la meta a cui deve tendere la nostra indagine: provare che nella formula della Pauliana classica era enunciata in qualche modo la circostanza che, ove non si fosse compiuta la « mancipatio », la cosa sarebbe rimasta nel patrimonio del debitore.

Intanto la formula doveva discorrere di un « *manere* »; le *Istitutio* e la Parafrasi si accordano nel rappresentarci questa parola come propria della formula (« in bonis debitoris mansisse », ἐν τῇ τοῦ δειβίτωρος μεμνήσθαι διοικείῃ), e giustamente il FERRINI (loc. cit.) l'ha conservata nella sua ricostruzione. È vero che il LENEL (*Édit perpetuel*, II, pag. 182) ci diffida a non prendere per base di una ricostituzione l'elaborato dei compilatori, poiché è evidente che, per effetto della sparizione della « mancipatio » e della proprietà quiritaria, gli autori delle *Istitutio* non hanno potuto riprodurre i passi degli autori classici nel loro tenore originale; e col suo esempio ci invita a non dedurre dal § 6 altro che l'idea della



Teofilo, o chiunque altro sia l'autore della Parafrasi, dà il nome di pauliana all'azione reale di cui sembrano trattare le istituzioni. Ma il Lenel non crede alla testimonianza del Parafraste, perchè essa è in contraddizione con quella di Paolo nella l. 38 § 4 cit., e tra le due giustamente preferisce la seconda; a più forte ragione non può accordare fede alla fonte bizantina che, nelle « *Veteres glossae iuris verborum quae in Basilicis reperiuntur* » pubblicate dal Labbaeus, commenta la nostra azione sotto la voce *ὕπερ Παυλιανῆς*; ed egli giunge così alla conclusione che la « pauliana in personam » non può essere l'azione rescissoria. A questo punto l'insigne scrittore non aveva più libertà di scelta: dall'editto della l. 1 pr. non deriva, secondo la sua

« *fictio* », e a ricostruire la formula tenendo presente il criterio che le finzioni, di cui ci parlano le fonti, concernono tutte l'esistenza di un diritto o di una obbligazione civile. Se non che, tolta di mezzo l'azione rescissoria, noi non sapremmo trovare più alcun motivo serio perchè l'azione accordata dall'editto della l. 1 pr. dovesse contenere una « *fictio* »; e però l'avvertenza del Lenel non ci riguarda. Gli è perchè il romanista tedesco parte dall'ipotesi di una « *fictio* », cioè di un mezzo pretorio di cui son note la forma e l'indole, che egli non stima attendibili le espressioni delle *Institutiones*; ma noi, che alla « *fictio* » non abbiamo alcuna ragione di ricorrere, non possiamo avere nè la volontà nè il diritto di rigettare il sussidio che ci è offerto dal § 6.

Ciò posto, io ho notato che per l'ammissibilità dell'interdetto, come dichiara la l. 10 § 9 D. h. t., era necessario che il titolare del patrimonio, in cui sono immessi i creditori, fosse la stessa persona che compì gli atti fraudolenti, era necessario cioè che al momento della « *missio* » il « *fraudator* » fosse ancora in vita (v. *Revoca*, pag. 105 sgg.); ed ho ricercato quale potesse essere il fondamento di questa norma particolare del diritto romano, per concludere che essa doveva valere anche rispetto alla Pauliana. Se questa parte della mia dimostrazione, che qui lo spazio mi vieta di ripetere, fosse riuscita persuasiva, dovrei sperare che non sarà ritenuto inverosimile che un tale presupposto dell'azione fosse indicato nella formula relativa. È così che io son giunto a supporre che il pretore invitasse il giudice a considerare se l'autore dell'alienazione fraudolenta fosse sempre il titolare del patrimonio in cui erano stati immessi i creditori, e che ciò facesse precisamente inserendo nella formula una clausola press'a poco di questo tenore: « si paret L. Titium hominem mancipio dedisse, eumque, si mancipio datus non esset, in bonis L. Titii mansurum esse ». È certo che lo schiavo, ove non fosse stato mancipato, sarebbe rimasto « in bonis L. Titii », a meno che L. Tizio non fosse morto, o per qualche altra causa di successione universale il suo patrimonio non fosse passato ad un altro. Le parole della clausola da noi supposta, o di altra consimile, spiegherebbero con quali elementi classici sia stato messo insieme, poco abilmente, il § 6.

teoria, altra azione che la rescissoria, e questa non è la pauliana; l'editto della l. 10 pr. concede un interdetto, e in base ad esso l'« actio arbitraria »; sarà questa la pauliana che andiamo cercando.

Messo il problema in tali termini, la soluzione del Lenel non può dirsi fantastica. Egli ci ricorda ¹⁾ a buon diritto che anche il « iudicium secutorium » negli interdetti possessorii portava il nome speciale di « cascellianum », e fa valere opportunamente il riflesso che l'« actio arbitraria ex interdicto fraudatorio » può aver meritato una denominazione particolare, come quella che si allontana dallo schema ordinario in più punti, uno dei quali è fuori controversia, la menzione della restituzione dei « fructus qui alienationis tempore ei fundo cohaeserunt ».

Se noi siamo scettici, gli è perchè possiamo ancora scegliere fra l'« actio arbitraria ex interdicto », e l'azione accordata dall'editto della l. 1 pr., che gli studi del Lenel non sono riusciti, secondo il nostro debole parere, a metter fuori di combattimento, e che non deve esser confusa con la pretesa « actio rescissoria » delle Istituzioni. Noi siamo quindi in grado di intraprendere l'esame della l. 38 § 4 ²⁾ senza la fastidiosa preoccupazione che può sentire colui il quale non ha dinanzi a sé che un'unica via d'uscita, bensì con la buona intenzione di metterci per quella che ci sarà indicata dalla legge stessa.

Prima però occorre liberarsi da una pregiudiziale, molesta come tutte le pregiudiziali. È la menzione della Pauliana nella l. 38 § 4 cit. genuina? Due ipotesi si possono concepire a questo proposito, e sono state enunciate ambedue. Il Pfüger in un suo scritto « Ueber das Wesen der Dinglichkeit » ³⁾ ha avuto l'occasione di affermare che il nome « pauliana » è interpolato, perchè il passo trattava originariamente dell'« interdictum fraudatorium », e, come in altri luoghi i compilatori hanno soppresso l'interdetto con lo scopo di fare di esso e dell'« actio pauliana » un unico mezzo, così anche nel testo di Paolo la pauliana fu sostituita all'interdetto. Ma il Lenel ha sagacemente ri-

¹⁾ Op. cit. pag. 22.

²⁾ PAULUS l. 6 ad Plautium: « In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituantur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum. nam et verbum 'restituas', quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur ».

³⁾ Archiv für civ. Praxis, 79, pag. 412 n. 13.

levato l'inverosimiglianza di questa interpolazione. Perchè i compilatori avrebbero dovuto inserir qui un nome che non appare in nessun altro luogo della compilazione giustiniana, e soprattutto non figura nel titolo «*sedes materiae*», sicchè tutto fa credere che sia stato cancellato deliberatamente?

Questa obiezione non colpisce l'opinione del Ferrini¹⁾, il quale ritiene che «*pauliana*» sia un glossema. Il Ferrini, come il Pflüger, vuole che il testo genuino trattasse dell'«*interdictum*»; i compilatori vi avrebbero sostituito la loro anonima «*actio*», ed il glossatore vi avrebbe apposto la spiegazione «*pauliana*». Ma gli argomenti che il Lenel²⁾ adduce contro la congettura del Ferrini mi paiono veramente decisivi.

Senza che il lettore se li senta ripetere, può rallegrarsi, come noi facciamo, che questo primo intoppo sia stato felicemente superato. Peraltro io spero che qualcuno voglia chiedere a se stesso perchè lo scrittore tedesco ed il compianto romanista italiano hanno pensato all'«*interdictum fraudatorium*», e lo stesso Lenel, che si è accorto della debolezza della loro tesi, ha tuttavia ricorso ad un mezzo giuridico così strettamente connesso all'interdetto, com'è «*l'actio arbitraria quae ex interdicto redditur*». C'è dunque qualche cosa nel testo, o fuori di esso, che fatalmente spinge tutti ad approdare a questa riva?

Sicuro che c'è; e sono pel Lenel, come per gli altri, le parole «*nam et verbum 'restituas', quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem*», le quali accennano evidentemente all'editto sull'«*interdictum fraudatorium*». Paolo richiama il «*restituas*» dell'interdetto per giustificare l'interpretazione da lui data della clausola restitutoria nelle formule della fabiana e della pauliana. Veramente pare che egli invochi semplicemente il significato generale del «*restituas*», comune anche ad altri interdetti; ma nota il Lenel che l'«*interdictum fraudatorium*» presentava proprio per questo riguardo una particolarità assai interessante, poichè la formula arbitraria, che si rilasciava in base ad esso, enunciava espressamente l'obbligo della restituzione dei frutti («*nisi is fundus fructusque qui alienationis*

¹⁾ *Filangieri* 12, pag. 41.

²⁾ *Op. cit.* pag. 20: cfr. anche la mia *Revoca*, pag. 41 sgg.

tempore ei fundo cohaeserunt... restituentur»), e quindi l'illustre autore si rifiuta di pensare che Paolo, mentre il ricordo cadeva tanto in acconcio, abbia passato sotto silenzio una tale caratteristica dell'«*actio arbitraria ex interdicto*».

Anche noi ci proponiamo di far tesoro di quest'osservazione, che cioè, le quante volte il giureconsulto avesse ritenuto opportuno, per la sua tesi circa l'estensione dell'obbligo di restituire i frutti nell'*actio pauliana*, di trarre argomento dalle norme che regolavano la restituzione dei frutti nell'altro mezzo giuridico dato contro le alienazioni fraudolente, meglio che alla parola «*restituas*» dell'*interdicto*, avrebbe dovuto richiamarsi alla clausola dell'«*actio arbitraria ex interdicto*», in cui l'obbligo della restituzione era indicato dettagliatamente. Vedremo tra poco quale profitto si potrà ricavare da questa riflessione, di cui siamo debitori al Lenel.

Intanto prendiamo nota delle altre accuse, ben più gravi, che il Lenel muove al nostro frammento. La proposizione «*nam et verbum restituas rel.*», così come si legge ora, dovrebbe costituire un motivo dell'affermazione «*quod non est iniquum*»; essa dovrebbe dimostrare l'equità di ciò che è stato detto precedentemente. Ma i termini in cui era redatta la formula arbitraria possono dimostrare l'esattezza dell'interpretazione data dal giureconsulto, mai però la sua equità. La questione, se l'obbligo di restituire i frutti corrisponda all'equità, poteva essere risolta solo con motivi intrinseci, non col richiamo all'autorità del testo della formula.

Anche a quest'ultima considerazione del Lenel ci pare si debba far plauso; e del resto, più brevemente, noi avevamo già detto la stessa cosa.¹⁾ Dove non ci è più possibile di convenire con l'illustre romanista tedesco, si è nelle conclusioni che egli vuol trarre da queste premesse. Il corso originario delle idee nella l. 38 § 4 sarebbe stato il seguente. Il principio del passo non si sarebbe occupato, per lo meno per quanto riguarda la *pauliana*, della interpretazione della parola «*restituere*», ma avrebbe riprodotto il contenuto chiaramente espresso della formula. A ciò si riferirebbe anche la proposizione «*nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset*». Il pretore ha concepito così e non altrimenti la formula

¹⁾ Cfr. la mia *Revoca*, pag. 178.

della pauliana, perchè la sua intenzione era diretta alla revoca completa degli effetti dell'alienazione. Qui si affacciava ora il dubbio: non è iniquo che il pretore accolga nell'« actio arbitraria » obbligazioni, che non sono comprese nel testo dell'interdetto, e quindi non sono menzionate neanche nella formula della « sponsio »? A ciò Paolo avrebbe risposto con le parole « quod non est iniquum », non è iniquo, perchè già in sè la parola « restituas » ha, in questo come in altri interdetti, lo stesso senso che viene espresso dalla formula arbitraria; in altri termini, l'arbitraria diverge solo formalmente, non sostanzialmente, dall'interdetto. Questo nesso di idee naturalmente nel contesto originario del passo risultava più chiaro che non oggi. Il Lenel congettura che dopo le parole « atque si nihil alienatum esset » fosse citata testualmente la clausola restitutoria della pauliana, press'a poco così:

...et ideo, licet interdicto fraudatorio reus simpliciter restituere iubeatur, Pauliana formula ita concepta est etc.

Seguiva poi il « quod non est iniquum », il cui significato è stato oscurato dalla cancellazione della proposizione intermedia.

Mi è sembrato utile riferire estesamente l'opinione del Lenel, perchè chi legge possa constatare come l'acuto scrittore continui nel suo metodo, contro il quale del resto noi a priori non abbiamo nulla da opporre, di immaginare larghi e profondi rimaneggiamenti dei testi. Anche questa volta il nostro dissenso è determinato unicamente dalla presenza nelle fonti di altri dati che contraddicono le affermazioni del Lenel. Questi ritiene che l'« actio arbitraria ex interdicto » ordinasse la restituzione dei frutti aderenti al fondo al momento dell'alienazione, oltre, ben s'intende, quelli percetti « ex interdicto reddito ». Ciò risulta dalla l. 25 § 4 (Venuleius l. 6 interdictorum), ed è anche la nostra opinione; benchè un principio contrario si trovi affermato dalla l. 10 § 20-21 D. h. t., che esige siano restituiti tutti i frutti « percepti » e « percipiendi », e costituisca una gravissima difficoltà l'accordare con la prima questa seconda norma, che ci è pure attestata da un frammento, il quale, giusta la sua iscrizione (Ulpianus l. 73 ad edictum), dovrebbe riferirsi ugualmente all'interdetto¹⁾. Ma, pur dolendoci che su questo punto il Lenel ci abbia pri-

¹⁾ Cfr. per tutto ciò la mia *Revoca*, pag. 174 sgg.

vati de' suoi lumi, che sarebbero stati per noi indubbiamente preziosi, diamo atto volentieri al nostro autore che con l'«*actio arbitraria ex interdicto*» (pauliana, secondo il Lenel) dei frutti anteriori alla contestazione della lite si restituiscono solo quelli «*qui alienationis tempore fundo cohaeserunt*». Qua però si eleva l'ostacolo contro cui va ad infrangersi il ragionamento del Lenel. La l. 38 § 4 parla di restituzione dei frutti in generale, senza alcuna limitazione; questo peraltro non sarebbe ancora decisivo, perchè si potrebbe pensare che le larghe alterazioni subite dal testo abbiano eliminato quelle frasi che riducevano i frutti da restituirsi ai frutti aderenti al fondo al tempo dell'alienazione. Il male è che v'ha una proposizione, della cui genuinità non pare che dubiti il Lenel, la quale non può avere altro senso se non che debbano restituirsi tutti i frutti percetti e percipiendi prima della contestazione della lite. Solo partendo da questo presupposto si capisce che si dica del pretore: «*id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset*». Infatti, se non fosse stata compiuta l'alienazione, il patrimonio del «*fraudator*» si sarebbe accresciuto di tutti i frutti del tempo intermedio, e non solamente di quelli che erano già maturi ma non ancora separati al momento dell'alienazione. Inoltre la pauliana è ricordata accanto alla fabiana, e chiunque consideri spregiudicatamente il passo e non ami sbrigliare la fantasia dietro sottili e sofistiche ipotesi, deve ammettere che l'obbligo della restituzione dei frutti si estenda egualmente in entrambe le azioni. Ora la l. 2 D. 38. 5 ci insegna che nella fabiana si debbono restituire anche i frutti anteriori alla contestazione della lite.

La tesi del Lenel è dunque smentita dal contenuto della stessa l. 38 § 4¹⁾: la pauliana, di cui ivi si parla, non può essere l'«*actio*

¹⁾ Anzi, a ben guardare, tutta la l. 38 è contraria alle ipotesi del Lenel. In tutte le azioni ivi nominate la restituzione dei frutti comprende anche quelli anteriori alla contestazione della lite. L'«*interdictum unde vi*», ricordato nel § 5, è notorio che fa eccezione alla regola generale vigente per gli interdetti: in esso si debbono restituire i frutti non soltanto «*ex interdicto edito*» ma «*ex die, quo quis defectus est*» (l. 1 § 40 D. 43. 16). Si dirà che neppure l'«*interdictum fraudatorium*» segue la norma comune per gli interdetti: ma la sua deviazione non lo riporta, come l'«*interdictum unde vi*», nell'ambito della regola, di cui Paolo enumera le applicazioni, ma ne fa un caso a sè, affatto speciale. Vero è anche che nella l. 34 § 5 l'«*interdictum unde vi*» è addotto come un esempio di casi in cui, «*cum restitui praetor vult*», si debbono restituire anche i frutti. Se non che l'inesattezza di una affermazione concepita in termini così generali appare indi-

arbitraria ex interdicto», giacchè per questa valgono regole speciali circa la restituzione dei frutti, che non sono quelle indicate dalla l. 38 § 4. Rimangono però inconfutate le critiche esposte dal Lenel, e da noi sopra riferite; ma esse menano logicamente ad altre soluzioni.

Una è quella che noi avevamo già adottata nel nostro lavoro. Poichè, quando avesse voluto richiamarsi all'altro mezzo giuridico contro gli atti fraudolenti, il giureconsulto avrebbe dovuto citare la clausola restitutoria dell'« actio arbitraria », anzichè il « restituas » dell'interdetto; poichè la motivazione « nam et verbum restituas rel. » al posto in cui si trova non ha senso, e vi sono altri indizi che la fanno ritenere inserita da mano diversa ¹⁾, probabilmente essa è triboniana. Nè dovrebbe meravigliare che i compilatori abbiano potuto aggiungere qui il richiamo dell'editto sull'interdetto, perchè, fusi i due mezzi giuridici in un solo, e alterato gravemente l'editto della l. 10 pr., questo non contiene più la promessa dell'interdetto, ma afferma l'obbligo di restituire tutto ciò che è stato alienato fraudolentemente ²⁾. Ammessa la nostra ipotesi della interpolazione, il testo originario avrebbe potuto corrispondere a quello che viene a ristabilire il Mommsen (certo, come osserva il Lenel ³⁾, contro il senso che il passo ha nella compilazione giustiniana), emendando « quod » in « quare », e chiudendo fra parentesi le parole sospette:

... nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset; quare non est iniquum, ut fructus quoque restituantur.

scutibile, quando si pensi che in molti altri interdetti l'editto contiene il « restituas », eppure non sono da restituire altri frutti che quelli « ex interdicto edito ». È probabile che l'« interdictum unde vi » fosse menzionato da Paolo, perchè ad esso si applicava la regola di cui si occupava il giureconsulto (cfr. il pr. « videamus quando in actione quae est in personam etiam fructus veniant »), ma certo egli non poté dire, ciò che è falso, che l'applicazione dipendesse semplicemente dalla circostanza che « restitui praetor vult ». La generalizzazione sarebbe opera dei compilatori, che dovevano poi esagerarla ancora maggiormente nella l. 173 § 1 D. 50. 17 (cfr. la mia *Revoca*, pag. 178 n. 2). Ad ogni modo mi pare assai verosimile che la menzione, contenuta nel testo genuino, dell'« interdictum unde vi » abbia suggerito a Triboniano di citare in appoggio della regola sulla restituzione dei frutti nella pauliana il « restituas » dell'« interdictum fraudatorium ».

¹⁾ Cfr. la mia *Revoca*, pag. 176 sgg.

²⁾ Cfr. la mia *Revoca*, pag. 178.

³⁾ Op. cit. p. 20 n. 30.

Se l'amore per le conclusioni cui ci condusse un lungo studio del tema non ci fa velo al giudizio, ci pare che la nostra congettura sia più semplice e più spontanea di quella del Lenel, il quale forse immagina come esistenti nel testo genuino troppe idee e troppe cose di cui non vi si scorge più la menoma traccia. Ma, per la critica che ora stiamo facendo della teoria del Lenel, non occorre punto che la nostra ipotesi venga accolta: si può pensare che le parole « nam et verbum... significationem » appartenessero già al testo genuino, e che il bisogno di sopprimere la menzione espressa dell'interdetto abbia provocato qualche modificazione o spostamento che ebbe a conferire a quella proposizione l'assurdo significato da noi censurato; si può ritenere anche, e questa sarà forse l'opinione più vera, che a noi non sia riuscito, dopo averle rilevate, di superare le difficoltà che turbano l'esegesi di questo frammento. Tutto ciò ed altro potrà meritarcì la disapprovazione di chi legge, ma noi teniamo soltanto a che si ammetta la verità della proposizione che segue: La l. 38 § 4, lungi dal porgere elementi sufficienti per ritenere che i classici abbiano chiamato pauliana l'« actio arbitraria ex interdicto », ne fornisce alcuni che inducono ad escludere una tale possibilità ¹⁾.



La nostra critica sarà dunque così inesorabile da respingere tutte le idee del Lenel intorno al contenuto dei due editti (1 pr. e 10 pr.), e all'essenza dei mezzi giuridici concessi contro gli atti fraudolenti?

Vogliono essere ricordate due osservazioni, una sul testo dell'editto riferito dalla l. 1 pr., l'altra sui commentari ad esso, rispetto alle

¹⁾ S' intende quindi che noi non possiamo accettare la congettura del LENEL, pag. 22 n. 32, che il testo genuino avesse « quae ex interdicto fraudatorio redditur » invece delle parole « per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur ». Del resto anche a noi (v. *Revoca*, pag. 30), come ora al Lenel (pag. 19), era sembrato strano che Paolo tacitamente presupponesse nota la sfera d'applicazione della fabiana, mentre designava espressamente quella della pauliana. Ma sia che in quelle parole si veda un emblema, od un glossema, o sia anche che si rifletta col Lenel « solche Inconcinnitäten bei Juristen der spätklassischen Zeit wohl auch sonst zu finden sein », certo è che esse non possono in verun modo servire di punto d'appoggio della tesi che la l. 38 § 4 si riferisse originariamente all'« actio arbitraria ex interdicto ».

quali o la maggior probabilità milita a favore del Lenel, o non è addirittura possibile il dissenso.

Le considerazioni del nostro autore¹⁾ mi hanno convinto che la frase « vel ei cui de ea re actionem dare oportebit » sia interpolata; solamente con ciò non intendo ancora che sia risolta nel senso patrocinato dal Lenel la questione se il mezzo giuridico accordato dalla l. 1 pr. spettasse nel diritto classico unicamente al « curator », o fosse dato anche ai singoli creditori.

Più importante, allo scopo di stabilire il contenuto originario dell' editto, è la circostanza, non rilevata da altri prima del Lenel, che nel commento all' editto Ulpiano non dice mai che ha luogo un' azione, bensì che si applica l' editto²⁾. Si può dar torto al Lenel se, riflettendo a un fenomeno così strano, per cui dal commentario ad un editto che si pretende abbia accordato un' azione, è l' « actio » stessa completamente o quasi bandita, è venuta nell' idea che l' editto non promettesse nessun' azione, ma qualc altro mezzo, che non fu accolto dai compilatori, perchè non quadrava col sistema da essi voluto?

Io rinuncio a indicare qualsiasi spiegazione, più o meno ipotetica, di questo fatto; l' apprezzi pure ognuno secondo la sua coscienza. Mi basta ricordare, a mo' di riassunto delle osservazioni suesposte, che le critiche rivolte dal Lenel all' ultima parte dell' editto della l. 1 pr. non sembrano nè sicure nè decisive, che l' esistenza di un' azione contro il « fraudator » ci è attestata da un passo (l. 12) che si riferisce certamente al mezzo giuridico contemplato dall' editto di cui stiamo parlando, che questa circostanza ed altre ancora depongono contro l' ipotesi che codesto editto concedesse una « restitutio in integrum », che il fondamento (l. 10 § 24), su cui il Lenel si appoggia per ricostruire il contenuto originario dell' editto, non è dal punto di vista dommatico troppo solido, che infine l' ipotesi di una « restitutio in integrum » e della conseguente azione rescissoria incontra obiezioni, che mi paiono irresistibili, perchè desunte dal concetto stesso della « restitutio ». Sarà difficile che chiunque ponga mente a questi risultati si induca a sostenere che l' editto della l. 1 pr. accordava la

¹⁾ Op. cit. pag. 5 sgg.

²⁾ Cfr. l. 3 pr., l. 3 § 2, l. 6 pr., l. 6 § 1, l. 6 § 3-5, l. 6 § 6, l. 6 § 7, l. 6 § 8 D. h. t.

«*restitutio*», solamente perchè il commento ulpiano parla di applicabilità o meno dell'editto, anzichè dell'azione¹⁾.



Uno degli argomenti più controversi e più difficili nella dottrina della revoca classica sarà sempre il rapporto fra i due editti delle ll. 1 pr. e 10 pr. Poichè noi non accettiamo il contenuto attribuito dal Lenel al primo editto, si penserà forse che sia inutile indagare se il rapporto, che il Lenel immagina fra la «*restitutio*» e l'«*interdictum fraudatorium*», risulti chiaramente dalle fonti, o, in difetto di queste, se sia verosimile dommaticamente e storicamente; il lettore potrebbe forse ritenere sciupata una fatica, di cui si prevede la conclusione negativa.

Noi crediamo al contrario che metta conto tentare questa ricerca. Infatti, se pure il mezzo accordato dal primo editto dovesse essere un'azione, come sostiene l'opinione dominante, e non già la «*restitutio*», si potrebbe ammettere benissimo che l'azione spettasse solamente al «*curator bonorum*», a differenza dell'interdetto che compete ad ogni creditore. Onde la teoria del Lenel merita di essere esaminata in se stessa, astraendo dalle altre tesi di questo autore che abbiamo sopra discusse.

L'interdetto, assume l'illustre romanista tedesco, ²⁾ compete ad ogni singolo creditore; ciò è provato con la massima evidenza dalla l. 96 pr. D. 46. 3. Esso riesce quindi assai vantaggioso, quando o non è stato nominato un «*curator*», o il «*curator*» eletto ricusa di far valere il diritto alla revoca.

¹⁾ È anche vero che le ll. 1 § 1 e 3 pr. contemplano casi, «*pacto aliquem liberavit vel ei praebuit exceptionem*», in cui il mezzo più acconcio non era un'«*actio*», ma una «*replicatio*», o la «*denegatio exceptionis*». Peraltro, oltre che quei passi mi sembrano sospetti (v. la mia *Revoca*, pag. 21 sgg.), bisogna ad ogni modo riflettere che, anche ammettendo che l'editto concedesse un'azione, nondimeno è in forza del principio da esso sancito che il pretore è pervenuto ad accordare nei congrui casi la «*replicatio*» o a negare l'«*exceptio*». Anche l'«*actio quod metus causa*» ha, secondo un'opinione molto probabile, preceduto l'«*exceptio*» corrispondente; anche quell'azione ha dovuto nelle origini essere adoperata per casi in cui sarebbe stata più opportuna l'«*exceptio*». La stessa cosa può pertanto ammettersi senza difficoltà anche per l'azione revocatoria.

²⁾ Op. cit., pag. 15.

Per contro ¹⁾ è affatto incredibile che l'« actio in rem rescissoria » spettasse nell'epoca classica al singolo creditore; se questi avesse potuto agire rescissoriamente, l'avversario, per sottrarsi alla condanna, avrebbe dovuto trasferire a lui la proprietà civile, qualunque fosse l'ammontare del suo credito verso il « fraudator » ed il rapporto di esso col valore dell'oggetto alienato. La revoca, invece di profittare alla massa dei creditori, avrebbe giovato unicamente a colui che avesse saputo prevenire gli altri. Nè vale obiettare che gli altri creditori abbiano potuto con un'« actio negotiorum gestorum » esigere la loro parte. A quali difficoltà non avrebbe ciò dato luogo! Concedere ad ogni creditore azione per la sua quota, significherebbe obbligare l'attore vittorioso nel giudizio revocatorio alla ripartizione proporzionale di ciò che ha ottenuto. Però come effettuarla, se nel processo classico non era previsto un procedimento per la verificaione dei crediti nei rapporti fra creditori? Il creditore, che ha conseguito la revoca, dovrà litigare sull'esistenza del credito vantato da ogni singolo creditore, la cui pretesa non gli sembri fondata? Tutto ciò non è ammissibile: rescissoriamente poteva certo agire solo un rappresentante della massa, il « curator bonorum ».

Consideriamo un po' il valore di queste proposizioni del Lenel. È indubitato che alla ripartizione, in qualunque modo avvenisse ²⁾, di ciò che il creditore aveva conseguito agendo con la revocatoria, avevano diritto di partecipare solamente quei creditori il cui credito fosse

¹⁾ Op. cit., pag. 9.

²⁾ Chi ritenga, e parmi non si possa fare altrimenti, che bastasse la « missio in bona » per rendere esagerabili i mezzi revocatorii, non può pensare che il danno dei creditori consista nell'ammoniare del credito non soddisfatto. Invero, ove non sia ancora compiuta la « venditio bonorum », può non sapersi la quota che i creditori riceveranno del loro credito. Una divisione dei beni revocati in proporzione delle quote insoddisfatte di ciascuno è quindi inammissibile. D'altronde l'« eventus damni » deve essersi già verificato al momento in cui s'intenta l'azione; esso consiste appunto in ciò, che il patrimonio del debitore è stato fraudolentemente diminuito in modo che la « missio » non è più in grado di produrre sulla volontà del debitore l'effetto a cui è destinata. Ma questo danno è risentito egualmente da tutti i creditori, qualunque sia l'ammontare del loro credito; per tutti, allo stesso modo, la « missio » in un patrimonio divenuto incapiente, non è più idonea a esercitare sulla volontà del debitore quella pressione che può indurlo a pagare. La conseguenza è che ciò che si è ottenuto dalla revoca viene nel diritto classico diviso fra creditori per capi, e non già in proporzione dei loro crediti (v. la mia *Revoca*, pag. 192 seg.).

reale e sincero. Perciò non si possono negare gli inconvenienti segnalati dal Lenel. Essi sussistono anche nel diritto giustiniano, e tuttavia non hanno trattenuto il romanista tedesco dal riconoscere che l'unica azione revocatoria giustiniana è accordata ad ogni singolo creditore. Si dirà che è colpa di Triboniano l'aver consentito l'esercizio dell'azione a ciascun creditore, senza introdurre contemporaneamente un procedimento che, permettendo di stabilire l'esistenza e lo ammontare dei crediti, avrebbe eliminato tutte le difficoltà. Ma forse il diritto classico era riuscito ad evitarle? Anche il « curator », ogni qual volta dubitasse dell'esistenza del credito, non aveva altro mezzo, per escludere il creditore dal riparto, che impegnarsi in una lite sulla realtà del credito stesso. Ci si risponderà che ciò non è pel « curator » così fastidioso come pel creditore, giacchè il primo non può lamentarsi di dover attendere a quelli che sono gli obblighi del suo ufficio. Ma allora anche il creditore singolo ha aperta la via per iscaricarsi del pesante fardello: faccia istanza per la nomina di un « curator », restituisca a lui i beni revocati, e vivrà in pace i suoi giorni. Lo stato di cose descritto dal Lenel non mi sembra quindi tale da rendere impossibile che l'azione rescissoria, o qualsiasi altra azione accordata dall'editto della l. 1 pr., sia stata data anche al singolo creditore. Altra questione è il sapere se gli sia stata effettivamente concessa; essa non può essere risolta che coi testi. Ritenuta l'interpolazione delle parole « vel ei cui de ea re actionem dare oportebit » nella l. 1 pr., e delle altre « hi quibus de revocando eo actio datur » nella l. 7 D. h. t. ¹⁾, non abbiamo più alcun passo, su cui si possa fondare in modo sicuro nè la tesi affermativa nè la negativa. Noi l'ignoriamo, ecco tutto.

Ma l'opinione del Lenel intorno al rapporto fra i due editti incontra altre obiezioni. Lo stesso autore ha visto che, se si ammette che con l'interdetto il creditore ottenga la restituzione dell'oggetto fraudolentemente alienato, ci troviamo nello stesso imbarazzo di prima.

Tanto con l'azione rescissoria, quanto con l'interdetto, un creditore singolo consegue ciò che dovrebbe spettare alla massa. Questo, che è inammissibile per l'una, dovrebbe esserlo anche per l'altro. Ma,

¹⁾ Cfr. LENEL, op. cit., pag. 6.

poichè le fonti in questo secondo caso non ci lasciano in asso, e la pertinenza dell'interdetto ai singoli creditori non può revocarsi in dubbio, il Lenel è costretto a sciogliere altrimenti la difficoltà creata da se stesso. Così l'illustre romanista ha foggiato un interdetto di nuovo conio. Ogni creditore è autorizzato ad impetrare l'interdetto per sè solo, ma la restituzione da esso ordinata deve farsi a tutta la massa dei creditori. Sarebbe questo l'unico esempio di interdetto restitutorio, in cui la restituzione dovrebbe farsi, non ricca a colui che ha chiesto ed ottenuto l'interdetto, ma ad altre persone, che costituiscono un gruppo del quale fa parte anche l'attore. E almeno le fonti accennassero in qualche modo a questa singolarità! Invece il Lenel non ha saputo invocar altro che la clausola dell'editto da lui ricostruita: « illis, quos eo nomine quo de agitur ex edicto meo in possessionem ire esse oportet ». La ricostruzione, come io ho sempre giudicato,¹⁾ è assai felice; ma quelle parole non provano punto la tesi del Lenel. L'editto ordina la restituzione ai creditori immessi nel possesso: ciò significa che ad essi spetta l'interdetto, ma, se questo può essere intentato da uno solo, non ne segue che la restituzione si debba fare a tutti, bensì, com'è naturale, a colui che ha ottenuto l'interdetto, e conseguentemente agisce con la formula arbitraria.

Del resto questa restituzione alla massa dei creditori non può effettuarsi se non per mezzo di qualcuno che la rappresenti. Ed il Lenel ritiene appunto che, nel caso che non fosse già stato nominato il « curator bonorum », a richiesta dell'attore il pretore convocasse i creditori per procedere a quella nomina. L'intervento del « curator » è dunque sempre indispensabile. Ma, se così è, perchè il creditore diligente non provoca senz'altro l'elezione del « curator », lasciando a lui il compito di promuovere l'interdetto? Nè si dica che il « curator » potrebbe ricusarsi di farlo; un timore simile è puramente immaginario, giacchè del suo rifiuto, e dei danni che ne derivassero, il « curator » sarebbe responsabile verso i creditori. Il pretore non poteva quindi sentire il bisogno di mettere a disposizione dei creditori un secondo mezzo giuridico per la revoca degli atti fraudolenti, solo perchè il primo era accordato esclusivamente al « curator », e questi può non esserci o non volerne sapere di esercitarlo. Il rimedio a questi due

¹⁾ Cfr. la mia *Revoca*, pag. 117.

mali esisteva già: in un caso, la nomina del « curator », che può essere sollecitata da qualunque creditore: nell' altro, la responsabilità del « curator » stesso. Non mena forse allo stesso risultato, quantunque con un giro inutile e tortuoso, anche il procedimento escogitato dal Lenel? Ciascun creditore può domandare l' interdetto, ma poi, perchè possa compiersi la restituzione, si deve ugualmente addivenire alla nomina di un « curator »; e se costui si rifiutasse di ricevere la restituzione offerta dal convenuto, non resterebbe che la sua responsabilità a salvaguardia dell' interesse dei creditori.

Il convenuto potrebbe peraltro non obbedire all' interdetto: chi proseguirà allora la lite con « l' actio arbitraria ex interdicto »? A dir il vero, ci saremmo aspettati che ancora una volta comparisse sulla scena il « curator », sempre allo stesso scopo di impedire che il giudizio revocatorio si espletasse a beneficio di un solo. Ma il Lenel per questo caso ci riserbava una sorpresa. Egli suppone che in base alle espressioni generali dell' interdetto la formula arbitraria fosse data non solo al creditore che aveva promosso l' interdetto, ma ad ogni creditore leso « per la sua persona ». In tal guisa ogni singolo creditore era in condizione di far valere autonomamente il suo interesse contro il convenuto. Ognuno era autorizzato a pretendere per sè una « sponsio » particolare, e un particolare « iudicium secutorium ». Il pretore non aveva alcun motivo di trattare mitemente il complice del « fraudator »; questi bisognava che restituisse, se non voleva esporsi al pericolo di soddisfare tutti i creditori lesi.

Anzitutto io debbo confessare che le parole del Lenel mi lasciano in dubbio su ciò che egli abbia voluto dire effettivamente. Tutti i creditori lesi avranno diritto di pretendere con la formula arbitraria la restituzione dell' oggetto alienato o altrimenti l' « id quod interest », ovvero avranno diritto di essere indennizzati per ciò di cui risultano ancora creditori verso il « fraudator »? Sono, come ognuno intende, due cose diverse. Poichè la formula arbitraria deve avere lo stesso contenuto dell' interdetto, solo la prima ipotesi mi pare che possa rispondere al vero; ma le espressioni del Lenel, che dà la formula a ciascun creditore « für seine Person », e impone al convenuto il peso di *soddisfarli* tutti, possono far dubitare che egli pensi alla seconda.

Comunque sia, l' acquirente della cosa fraudolentemente alienata non potrebbe esser trattato più duramente. Sta bene che egli è col-

pevole, quando fu « *sciens fraudis* »; ma non possiamo dimenticare che anche chi ignora la frode è soggetto negli acquisti a titolo lucrativo all'« *interdictum* » utile, e, ove non restituisca, all'« *actio arbitraria* ». O il Lenel intende che anche in questo caso ciascun creditore potesse agire con la formula arbitraria contro l'acquirente che non obbedisce spontaneamente all'interdetto; ed è evidente l'iniquità di un siffatto modo di procedere. Il convenuto, che può aver avuto le sue buone ragioni per tentare la lite, ed è innocente di ogni frode, dovrebbe pagare tante volte l'« *aestimatio litis* » quanti sono i creditori, oppure dovrebbe soddisfare tutti gli innumerevoli creditori del decotto. O invece il Lenel rientra per questo caso nella regola generale e concede ad un solo creditore, l'attore originario, di esercitare l'« *actio arbitraria* »; ed ecco riprodursi l'inconveniente deplorato, che il frutto della vittoria nel giudizio revocatorio pervenga direttamente ad un unico creditore.

Inoltre, anche quando è convenuto il partecipe della frode, egli può, senza colpa sua, non essere più in grado di obbedire all'interdetto facendo la restituzione di ciò che ha acquistato dal « *fraudator* ». È il caso del marito che « *priusquam creditores cum eo experirentur reddiderit filiae dotem iudicio dotis nomine conventus* » (l. 25, § 1, D. h. t.). Qui è inevitabile il giudizio con la formula arbitraria. E la posizione fatta al convenuto dalla teoria del Lenel è così terribile, che al confronto può reputarsi fortunato colui che è esposto all'« *actio quod metus causa* »; almeno egli, se non restituisce, è condannato al quadruplo, e non ha alle calcagna tutta la turba dei creditori insoddisfatti dal « *fraudator* », e sì che di creditori ogni fallito ne suole avere parecchi! Basterebbe il fatto della mancata restituzione per trasformare quell'interdetto, che, al dire di Labeone, si dà « *rei restituendae gratia, non poenae nomine* », in un mezzo giuridico che ha per effetto una fierissima pena contro il convenuto. E avremo il coraggio di ammetter ciò senza che le fonti ci offrano il minimo appoggio?

Nel mio scritto più volte ricordato, io ho sostenuto che uno dei mezzi accordati dal diritto classico, la pauliana (cioè, secondo me, l'azione data dalla l. 1 pr.), fosse penale; ma io non penso affatto che essa potesse esercitarsi più di una volta. A me sembrava che per quella qualificazione della pauliana le fonti fornissero qualche indizio;

ma i miei argomenti non sono parsi convincenti al Lenel, ¹⁾ ed io debbo inchinarmi all'autorità del maestro. Peraltro, con tutta la riverenza che gli professo, non potrò mai indurmi ad ammettere una pauliana (secondo il Lenel, pauliana sarebbe stata chiamata appunto la formula arbitraria « ex interdicto »), la quale nella sua applicazione sarebbe, se è lecito dir così, infinitamente più penale della mia, come quella che è esperibile tante volte quanti sono i creditori, e non trova poi nessun appoggio, neppur debole e remoto, nelle fonti.

Se non che possiamo pure sopra a tutte queste obiezioni; il maggior difetto, che io imputo al sistema del Lenel, è di esser poco verosimile. Posto che il pretore abbia trovato necessario di attribuire il diritto della revoca ad ogni singolo creditore, non mi pare probabile l'ipotesi che a tal fine egli abbia introdotto un altro mezzo revocatorio, quando ne esisteva già uno dato al « curator ». Sarebbe stato molto più semplice ammettere ciascun creditore, al pari del « curator », all'esercizio del mezzo già esistente. Dicasi altrettanto, se si suppone anteriore l'interdetto; lo si poteva accordare anche al « curator », senza bisogno di creare un nuovo mezzo giuridico.

Naturalmente il Lenel potrebbe rispondere che egli non fa consistere la differenza fra i due mezzi soltanto nelle persone che sono autorizzate ad esercitarli; ma che la « restitutio in integrum » ha un'efficacia reale, la quale manca all'interdetto. Noi peraltro abbiamo dimostrato che l'esistenza della « restitutio in integrum » non è ammissibile; e la critica, che qui facciamo, concerne il sistema proposto dal Lenel, in quanto esso possa essere considerato come un modo plausibile di spiegare il rapporto fra l'azione e l'interdetto, che sono i due mezzi revocatori sinora giustamente attribuiti al diritto romano classico.

SIRO SOLAZZI.

¹⁾ Op. cit., pag. 3, n. 4.

ALCUNE NOTE
INTORNO ALLA
SIGNIFICAZIONE DELLA PAROLA "LEX"
(Dig. XXXVIII, 8, 1, 2) ¹⁾

Nel frammento Ulp. Dig. XXXVIII, 8, 1, 2 la parola *lex* si trova nella significazione di '*edictum praetoris*'; il luogo è unico nel digesto. Il titolo citato tratta del diritto dei *cognati* di ereditare *ab intestato*, il quale, come è insegnato dalle nostre fonti, fu introdotto dal pretore non riconoscendo l'antico diritto ereditario altro che l'agnazione. Riferisce la l. 1 pr. l. c.: *haec bonorum possessio nudam habet praetoris indulgentiam neque ex iure civili originem habet: nam eos invitat ad bonorum possessionem, qui iure civili ad successionem admitti non possunt, id est cognatos*. Poi immediatamente segue nel § 1 l. c. la definizione della *cognatio*: *Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati, aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint*. Dopo di aver dato codeste definizioni - ciò ch'era necessario - il giurista pare che ritorni alla spiegazione della *bonorum possessio* della classe *unde cognati* § 2: *pertinet autem haec lex ad cognationes non serviles: nec enim facile ulla servilis videtur esse cognatio*.

Finora era comune opinione che le parole del § 2 appartenessero ad Ulpiano, il quale, citando nel § 1 la definizione di Labeone, avrebbe continuato poi colla propria spiegazione (cf. LENGL, *Palingsnesia*), e che la parola '*lex*' nel § 2 fosse di già stata arditamente usata dall'autore del frammento nella significazione di '*edictum praetoris*' (cf. HEURMANN, *Handlexicon*; DIRKSEN, *Manuale s. v. lex*).

¹⁾ Questo articolo fu per la prima volta pubblicato nella *Bormannfestschrift* dei 'Wiener Studien' 1902, col titolo: *Ein Beitrag zur Semasiologie des Wortes lex*.

Le pagine che seguono mirano a dimostrare come la comune opinione sia errata, e a mettere in luce la verità su tale espressione.

Esaminando i §§ 1-3 l. c., mi si è subito affacciato il dubbio se i compilatori li avessero presi, senza alterarli, dal commentario di Ulpiano *ad edictum*. E la ragione del dubbio è questa. La parola *autem* si trova ripetuta sempre in principio di ciascuno dei piccoli paragrafi citati, e quindi non meno di tre volte (*cognati autem appellati sunt...*; *pertinet autem haec lex...*; *haec autem bonorum possessio...*).

Ora non è da credere che uno scrittore come Ulpiano, il quale scrive bensì prolisso talvolta, ma sempre bene, si sia reso colpevole di una simile negligenza stilistica; negligenza che invece si spiega subito, se pensiamo alla possibilità che il testo non sia intero. Nessun elemento ci fa supporre che nel § 2 si trovi un *glossema*, ossia un *emblemata* di Triboniano. Più ragionevole mi pare l'idea che la durezza dello stile, alla quale già abbiamo fatto allusione, sia opera dei compilatori, i quali, omettendo qualche parte del testo originale, abbiano riuniti con poca diligenza i brani restanti. È possibile anche, che i compilatori abbiano introdotto nelle parole di Ulpiano un frammento di altro scrittore, senza tuttavia distruggere completamente i vestigi del suo lavoro.

Ad una di queste ipotesi infatti si è costretti a pensare tanto più che altrimenti saremmo obbligati ad ammettere in un giurista del tempo classico un uso straordinario della parola *lex*, uso che potrebbe ben essere spiegato in un collaboratore di Triboniano, ma difficilmente lo si spiegherebbe in uno scrittore del secondo o terzo secolo.

La medesima regola che la *cognatio* dei servi sia considerata come non esistente rispetto alla legge, si ritrova ancora due volte nelle nostre fonti.

La prima volta in Paul. Dig. XXXVIII, 10, 10, 5: *non parcimus his nominibus, id est cognatorum, etiam in servis: itaque parentes et filios fratresque etiam servorum dicimus: sed ad leges serviles cognationes non pertinent*. Non c'è dubbio che in questo frammento *leges* abbia il significato comune.

La prova n'è che Paolo un poco più sopra oppone in un modo, che non potrebbe esser più chiaro ed esatto, la legge all'editto pretorio. Cf. pr. l. c.: *iuris consultus cognatorum gradus et ad finem nosse debet, quia legibus hereditates et tutelae ad proximum quem-*

que adgnatum redire consuerunt: sed et edicto praetor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem. Il secondo luogo parallelo si trova nelle Inst. III, 6, 10, e questo è ancora più rassomigliante al nostro frammento, col quale sta forse in relazione di dipendenza. Esso suona: *illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere; nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur.*

Pare dunque possibile che nel digesto sia chiamato *legge* ciò che è chiamato perfettamente bene *illa pars edicti* nelle istituzioni, dove quasi con le stesse parole è trattata la medesima materia? Anzi, se il § 2 l. c. rimontasse a Labeone vissuto molto prima - ipotesi che più oltre dimostreremo vera - un simile uso della parola *lex* sarebbe escluso più certamente ancora.

Per decidere la nostra questione, sembra pertanto utile studiare il § 2 connesso più strettamente al paragrafo precedente. Dal modo col quale Ulpiano parlando del diritto ereditario dei *cognati* riproduce un passo di Labeone e dal contenuto di questa citazione, che definisce soltanto la *cognatio*, non mi sembra permesso di concludere che Labeone nel testo, donde Ulpiano ha preso quella definizione, abbia trattato il medesimo tema, cioè il diritto ereditario dei *cognati*. Questa è l'opinione di LENEL, il quale nella sua *Palingenesia* mette il famoso luogo nella rubrica '*unde cognati*' del libro di Labeone *ad edictum*. Ma intanto è da considerare, che una simile supposizione, benchè ammissibile, in via ordinaria non s'impone, quando si tratta solamente di riprodurre la definizione di un concetto col quale operano varie istituzioni giuridiche.

Esaminando dunque le materie, dove avrebbe potuto presentarsi per Labeone l'occasione di dare una definizione del concetto della *cognatio*, troviamo che esse dovevano essere parecchie. Poteva occorrergli quando trattava delle *leggi matrimoniali* o della *lex Iulia iudiciorum publicorum*, della *lex Furia testamentaria*; poi nella discussione del *diritto ereditario dei cognati* e finalmente nella interpretazione della *lex Cincia*. Se Labeone abbia scritto *ex professo* sulle *leges Iuliae* o sulla *lex Furia* (non prova niente Dig. XL, 7, 42), non lo sappiamo. Nè abbiamo alcun frammento di Labeone, oltre il passo esaminato, che potesse essere attribuito al titolo *unde cognati*. Pur considerando che dei libri del nostro autore c'è conservata sol-

tanto una piccola parte (cf. PERNICE, *Labeo*, I, 35), e che un argomento *ex silentio* non sarebbe troppo convincente, possiamo dimostrare però che Labeone si sia occupato della *legge Cincia*, plebiscito rogato nell'anno 550/204, il quale, vietando la donazione oltre una certa misura, ha lasciato la piena libertà di ricevere doni illimitati soltanto alle *personae exceptae*, tra cui trovavansi particolarmente i *cognati* fino al quinto o anche al sesto grado.

Anzitutto una notizia nel Paul. fragm. vat. 306 ci fa vedere come Labeone abbia interpretato questa legge, la cui discussione esige la spiegazione del concetto della *cognatio*. Questo passo riprodotto dal 71° libro del commentario di Paolo *ad edictum*, dove era trattata la *legge Cincia*, come si sa d'altronde (v. la iscrizione di fragm. vat. 298: cf. LENEL, *Palingenesia*), dice così: *quaeritur an et cognata cognatae ultra exceptum gradum donare possit? Labeo scribit non posse; sed ratio aequitatis eadem in feminis est.*

La certezza, che Labeone scrisse sulla *legge Cincia*, e quindi anche sul concetto della *cognatio*, non ci darebbe il diritto di arguire, che Ulpiano abbia preso il passo citato dalle esposizioni di Labeone fatte sulla legge nominata. Ciò diviene verosimile però, essendo possibile di provare che Ulpiano non solo abbia conosciuto quel trattato di Labeone sulla *legge Cincia* - poco importa s'esso fosse una monografia o una parte soltanto di un altro lavoro - ma perfino ne abbia fatto uso. La prova è dovuta al frammento di Ulp. Dig. XXXIX, 5, 19, 1: *Labeo scribit extra causam donationum esse talium officiorum mercedes ut puta: si tibi adfuero, si satis pro te dederò si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris.* Questo passo proviene dal libro 76 del commentario di Ulpiano *ad edictum*, dove si tratta della *legge Cincia* (cf. LENEL, *Palingenesia*). Perciò potremo concludere con pieno diritto, che Labeone nel luogo citato abbia scritto pure lui sulla *legge Cincia* ¹⁾.

La probabilità che i §§ 1 e 2 l. c. abbiano l'origine in un commentario della *legge Cincia* di cui l'autore sia Labeone, si aumenta per mezzo delle considerazioni seguenti.

¹⁾ È ben possibile che anche il passo di Labeone citato da Ulpiano in Dig. XXXIX, 5, 18, 13, benché si trovi nel 71° libro del commentario soprannominato - e stato attribuito dal LENEL alla rubrica *de precario* - appartenga alla medesima materia parlando in esso di donazioni pure.

Essendo il servo un oggetto, quanto al diritto positivo, si comprende, che le sue relazioni di famiglia non sieno rispettate dalla legge. Quindi i privilegi concessi da una legge ai cognati non si riferiscono alle persone che non hanno la libertà. Una certa opportunità nel pronunziare questa regola vi fu, perchè la *cognatio* dei servi era riconosciuta almeno nella lingua comune. Cf. Paul. Dig. XXXVIII, 10, 10, 5: *non parcimus his nominibus, id est cognatorum, etiam in servis*. Mi pare anzi che precisamente una discussione della *legge Cincia* abbia offerto occasione di parlare delle *cognitiones serviles*, perchè (v. Paul. fragm. vat. 307) anche le donazioni dei *servi* (con questa parola vengono significati in questa parte della legge i *manumissi*) ai loro padroni furono esenti dal divieto. Per questa causa il giurista poteva credersi obbligato di formulare, per la prima volta, quella regola nell'interpretare la *legge Cincia* dove potevano nascere dubbi, e di aggiungerla alla definizione della parola *cognatus* circoscrivendo meglio questo concetto. Considerando però che quella massima per la sua natura era ben adeguata per ogni altro caso, dove in qualsiasi legge si parlasse della *cognatio*, è facile intendere perchè sia stata trapiantata dai compilatori, o forse già da Ulpiano, nella teoria della *bonorum possessio unde cognati*. Anche essendo inclinati verso la seconda alternativa, dobbiamo ammettere che i compilatori vi abbian messo le mani, almeno sopprimendo l'allusione alla *legge Cincia* che si trovava senza dubbio nel testo originale di Ulpiano. Comunque sia, noi dobbiamo attribuire ai compilatori il fatto che nel passo singolare l'editto pretorio è stato chiamato *lex*.

Altro argomento per la mia ipotesi sulla genuina significazione di *lex* in § 2 l. c. è fornito, a mio avviso, dalla parola *autem* al principio del § 3 l. c.: *haec autem bonorum possessio, quae ex hac parte edicti datur, cognatorum gradus sex complectitur et ex septimo duas personas sobrino et sobrina natum et natam*. Questo *autem*, di cui fu fatto cenno più sopra per ragioni stilistiche, è davvero incomprendibile. Non s'indovina dove si trovi l'antitesi col paragrafo precedente, se essa non consiste forse in ciò che qui, nel § 3, si parli della *bonorum possessio*, mentre nel § 2 d'una *lex* - proprio quello che noi affermiamo. Ma io credo che in quella parola *autem* si nasconda pure un *contrapposto sostanziale*. La spiegazione ce la offre Paul. frag. vat. 299, dove è data sopra la *legge Cincia* la notizia seguente:

QUINQUE igitur gradus pleni excepti sunt et ex sexto una persona, sobrinus et sobrina.

Da questo frammento mi pare molto verosimile che quel contrapposto segnalato dall'*autem* nel § 3 l. c., ma che non è evidente nel digesto, si riferisca al NUMERO dei *gradus*, i quali sono privilegiati nella *bonorum possessio* e nella *lex* del § 2 l. c.

Che questa legge non possa essere altra che la *legge Cincia*, lo prova finalmente Paul. fragm. vat. 301, un frammento, il quale parlando della *legge Furia testamentaria*, riferisce aver essa stabilito delle eccezioni alla regola generale in favore dei *cognati* fino al SESTO e rispettivamente al settimo grado. Questa legge dunque, che fu rogata nel 550-585/204-169 a. u. c. ed è posteriore quindi alla *legge Cincia* (cf. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 36) ha allargato la cerchia dei *cognati* privilegiati. Abbiamo piena ragione di supporre che la legislazione, quando conferisce diritti speciali alla parentela, e con una nuova legge amplia la cerchia dei privilegiati, s'attenga anche nell'avvenire a questa nuova cerchia, a meno che non la restringa più tardi. Se questa antitesi indicata dall'*autem* nel § 2 l. c. è esatta, è inevitabile concludere che nel § 3 l. c. si tratti di una legge *anteriore alla legge Furia*, la quale conferisca privilegi ai *cognati del QUINTO o del sesto grado*. Al che corrisponde bene soltanto la *legge Cincia*, la quale è in armonia con tutte le suesposte considerazioni.

RICHARD HESKY.

APPUNTI BIBLIOGRAFICI

Aldo Bacchi Andreoli. *Alcuni studi intorno a Guido Panciroli* (dissertazione di laurea). — Reggio Emilia, 1903. — Guido Panciroli meritava veramente una monografia apposita, che ne recasse notizie più copiose di quelle che potè darne il Tiraboschi nella sua *Storia* e nella *Biblioteca Modenese*; perchè l'orma ch'egli stampò come maestro di diritto fu larga e profonda, e dell'opera sua disrittore non poco rimane anche oggi ancor vivo. Ben fece adunque il dott. Bacchi Andreoli a prendere ad oggetto della sua dissertazione di laurea codesta nobile figura di maestro e di scrittore, e a consacrargli con amoroso studio e con sagace ed acuto ingegno le ricerche che ora presenta alla stampa.

Se l'Italia avrà un giorno una storia della sua giurisprudenza, l'avrà solo dopo che ne abbia apprestati i materiali il lavoro monografico di numerosi e pazienti indagatori intorno ai singoli giureconsulti ed alle singole scuole. E poichè in una tale istoria al Panciroli spetterà un luogo alto e copioso, l'autore di codeste ricerche intorno a lui può ben compiacersi di avere iniziata nobilmente la sua

carriera di studioso porgendo ad un'opera tanto augurata un contributo prezioso.

Il dott. Bacchi divide il suo lavoro in quattro capitoli; il primo dei quali tratta la biografia del Panciroli, il secondo ne studia l'opera di giurista, il terzo quella di storico, il quarto ritrae le relazioni e le amicizie del suo autore.

Nato a Reggio nel 1523, istruito in patria nelle lettere latine da quel Sebastiano Corrado che poi insegnò umanità a Bologna precedendovi il Sigonio, e istruito nel diritto a Ferrara dal Riminaldi, a Pavia dall'Alciato, a Bologna da Mariano Socino, a Padova dal Mantua, il Panciroli iniziò qui, nel 1547 la sua carriera di maestro, e qui la seguì fino al 1570. Nel quale anno, disgustato da qualche sgarbo del governo veneto, accettò una condotta proffertagli in Torino, e la tenne di poi per 12 anni, fino al 1582; durante i quali fondò colà un'*Accademia papiniana*, estintasi poi dopo la sua partenza. Lasciata Torino per l'insofferenza della sua salute a troppo rigidi climi, ritornò a Padova nell'82, e ricondottovi a vita nel '92, seguì ad insegnarvi, fin che lo colse la

morte, il 14 maggio 1599. Ognuna di codeste vicende della vita del P., l'A. o conferma o meglio determina o discopre, col sussidio dei documenti.

Nel trattare del P. come giurista l'A. si propone precipuamente di ricercare s'egli fosse seguace del *mos italicus* o del *mos gallicus*. Dopo ritratti i caratteri precipui delle due tendenze, giovandosi in ispecie dell'eccellente lavoro del Brugi sopra la scuola padovana di diritto romano nel sec. XVI, egli riconosce anche nel suo autore quel che il Brugi bene avvertiva in generale: l'intrecciarsi consueto cioè delle dette tendenze presso uno stesso giurista. Le tracce d'entrambe egli ricerca e rileva segnatamente nel *Thesaurus variarum lectionum*, nel *De claris legum interpretibus* e nelle *Legum interpretationes*: queste ultime inedite.

A proposito del P. considerato come storico, ed in particolare come storico del diritto, l'A. si sofferma sopra le sue illustrazioni alla *Notitia dignitatum* e sopra un'operetta inedita *De magistratibus*. Del rapporto di questa coll'altra, nonchè coi trattati scritti nel cinquecento sopra le magistrature romane, avremmo desiderato che l'A. avesse discorso con maggior larghezza; quale la rilevanza dell'argomento avrebbe (secondo che ci sembra) meritato.

Anche i libri *De claris legum interpretibus*, la più viva e preziosa fra le opere del P., avrebbero meritato più minuto esame, singolarmente a determinarvi le so-

vrapposizioni e le aggiunte arretrate da altrui mani al testo lasciandone da lui incompleto.

L'ultimo capitolo raccoglie documenti e notizie, oltre che sopra le amicizie e le relazioni del P., sopra la fama larga e sicura di cui godette, e i segni di onore ch'ebbe in vita singolari e cospicui. L'A. ha allargate ed approfondite, per questo come pel primo capitolo, le sue ricerche quanto più gli è stato possibile. Qualche nuova notizia avrebber tuttavia potuto porgergli i documenti dello studio bolognese.

Risulta da questi che quando ebbe terminata a Bologna la sua condotta Angelo Papio, nella prima cattedra di diritto civile della sera, ch'era affidata per gli statuti ad un « lettore forestiero d'eminente scienza », i Riformatori fermarono la loro attenzione sopra due giuristi precipuamente, il Menochio ed il Panciroli. Il Panciroli desiderava d'esser condotto a Bologna, e faceva parlare per lui al Gonfaloniere da un mons Zoboli amico suo fidato ed antico (Il Gonfaloniere all'Ambasciatore bolognese presso il Papa: *Libri litter.* 22 marzo, 5 e 12 aprile 1581; *Arch. di Stato di Bologna*).

Ma i Riformatori si risolsero pel Menochio. Il quale, dopo accettata la condotta e firmato il relativo contratto, mancò all'adempimento, accettando invece a Padova ove già era una nuova condotta. Fu allora, nella primavera del 1582, che i Bolognesi si voltarono al Panciroli per offrirgli la cattedra ch'era stata del Papio, e prima di

Mariano Socini, dell'Alciato, del Parisio e del Ruini. Ma era troppo tardi; chè appunto in quel torno egli s'era legato con Padova e non si poteva sciogliere omai dall'assuntovi impegno.

Ma di codesta omissione niuna colpa ha l'A.; il quale non trovava cenno di siffatte pratiche nei documenti sin qui noti.

Il lavoro del Bacchi Andreoli, pur colle mende accennate e inevitabili in un primo saggio, è più che una lieta promessa ed onora la scuola del Ruffini dalla quale l'A. ebbe avviamento agli studi.

EMILIO COSTA.

E. Immanuel Bekker. *Vier Pandektisten.* (Estr. dalla *Festschrift der Universität Heidelberg*, I. Bd. - Heidelberg, Winter's Universitätsbuchh., 1903, p. 70 [135-202]. — I quattro pandettisti, ai quali il Bekker dedica nel primo dei volumi consacrati a festeggiare la Università di Heidelberg queste belle pagine, son quelli che nel secolo decimonono copriron successivamente la cattedra di diritto romano nella gloriosa Università tedesca, Giorgio Arnaldo Heise (1778-1851), Anton Federico Giusto Thibaut (1772-1840), Carlo Adolfo von Vangerow (1808-1870) e Bernardo Windscheid (1817-1892): quattro giureconsulti eminenti, sebbene non tutti ugualmente forti romanisti, che al lor tempo esercitarono una grande influenza sulla scienza, sulla giurisprudenza, sulla legislazione. L'Heise infatti più che come insegnante di diritto romano - l'o-

pera sua maggiore fu il *Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandektenvorlesungen* (1807) - spiegò la sua attività come presidente del supremo tribunale d'appello delle città libere tedesche in Lübeck; e mentre il Thibaut, il gran contraddittore del Savigny nella famosa disputa provocata dalla scuola storica, seppe produrre più come docente che come scrittore, distratto tuttavia troppo spesso dalla passione della musica di cui era maestro, il Vangerow fu di lui più completo poichè e con gli scritti e con la parola esercitò il suo alto ministero d'insegnante. Da tutti profondamente diverso il Windscheid, spirito più assimilativo che produttivo, vero continuatore delle dottrine savigniane, la sua maggiore influenza si svolse sul nuovo diritto germanico, alla cui codificazione egli contribuì potentemente - ma non sempre lodevolmente, secondo l'avviso del Bekker - non solo col suo trattato di pandette, ma anche ed assai più come presidente della prima commissione per la preparazione del progetto del codice civile

« Un solo, il Vangerow - così chiude il Bekker con un giudizio sintetico il suo lavoro - è e non vuol esser altro che maestro della gioventù; l'Heise non potè reggere nè in Heidelberg nè sulla cattedra, il Thibaut dà del suo spirito solo una piccola parte alla giurisprudenza, e il Windscheid, a prescindere dalla sua partecipazione ai lavori legislativi, scrisse tutt'altro che pei suoi scolari le

sue pandette L'Heise è un pensatore indipendente; poco egli ha scritto, ma tutto conserva ancor oggi il suo pregio e il sistematico ordinamento da lui dato al diritto civile è tuttora fondamentale per l'insegnamento e per la legislazione... Da una serie di spiacevoli contingenze il Thibaut vien tenuto stretto alle idee del diciottesimo secolo e solo in singoli e speciali punti gli riesce di svincolarsene. Il Vangerow rappresenta la scienza della prima metà del secolo decimonono, senza una eccessiva reverenza pel Savigny; in Windscheid infine si concreta il diritto di color che eran cresciuti sotto la dominante influenza delle dottrine savigniane, poichè egli sa raccogliere e vagliare le voci e le opinioni, come niun altro aveva saputo dopo l'Accursio. Tutti e quattro insieme possono essere lo specchio del diritto germanico-romano nel decimonono secolo ».

Theodor Kipp. *Geschichte der Quellen des römischen Rechts.* 2. umgearbeitete Auflage. - Leipzig, Deichert'sche Verlagsbuchh., 1903, in-8, pag. VIII-166. — L'ottimo manualetto, dato dal Kipp alle stampe nel 1896 e divulgato subito in Italia dal Pacchioni che nel 1897 ne curò la versione italiana (*Le fonti del diritto romano.*

Introduzione allo studio delle istituzioni e della storia del diritto romano), è divenuto in questa seconda edizione un piccolo trattato. L'A. ha infatti voluto che la spedita e succinta esposizione della dottrina delle fonti, qual'era la prima edizione del suo lavoro, fosse alquanto più ricca di notizie e di richiami e contenesse pur qualche accenno alle questioni critiche, per quanto ciò è possibile in un libro d'introduzione da porsi in mano ai giovani nei primi passi dello studio del diritto romano. Mantenendo pertanto l'antico ordine schematico e lo stesso sistema di esposizione, egli ha accresciuto in misura considerevole tutto l'apparato delle fonti e della letteratura, tenendo conto dei più recenti lavori critici e storici (nè gli italiani vi son trascurati); ed ha dato più ampio svolgimento a ciascuna parte, in particolar modo ai capitoli in cui son trattati i punti fondamentali della dottrina delle fonti, come l'*ius gentium*, l'*aequitas*, l'*ius naturale*, il diritto consuetudinario. Dove questioni nuove o nuovi risultati son venuti alla luce, il Kipp non manca di farne cenno: così per la questione delle XII tavole e della loro origine ed autenticità; così per la papirologia, che ormai anche nei manuali scolastici vuol esser tenuta in debito conto.

STUDI PAPIROLOGICI SUL MATRIMONIO E SUL DIVORZIO

NELL'EGITTO GRECO-ROMANO ¹⁾

Il contratto matrimoniale nei papiri.

La storia del diritto matrimoniale nell'Egitto greco-romano, diversamente da quel che è accaduto in altri istituti del diritto antico, cui i papiri hanno arrecato inaspettata luce, s'è come avvolta in un impenetrabile mistero, per le notizie spesso oscure e più spesso incomplete o frammentarie che i papiri fin qui scoperti o pubblicati hanno fornito. Questioni numerose e capitali son sorte sin dall'apparizione dei primi documenti, dubbi minori si sono aggiunti ad ogni

¹⁾ Nelle citazioni dei papiri seguiremo il sistema di abbreviazioni in uso, secondo lo schema del WILCKEN, *Archiv f. Pap.* I, p. 24 sgg., e cioè:

- BGU. = *Aegyptische Urkunden aus den Königl. Museen zu Berlin*, I (1895), II (1898), III (1903).
CPR. = *Corpus papyrorum Ratneri. I. Griechische Texte*, herausgegeben von Wessely unter Mitwirkung von Mitteis, Wien, 1895.
P. GRENF. I = Grenfell, *An alexandrian erotic fragment and other greek papyri chiefly ptolemaic*, Oxford, 1896.
P. GRENF. II = Grenfell and Hunt, *New classical fragments and other greek and latin papyri*, Oxford, 1897.
P. LOND. I et II = Kenyon, *Greek papyri in the British Museum. Catalogue with texts*. London, I (1893), II (1898).
P. OXY. I et II = Grenfell and Hunt, *The Oxyrhynchos Papyri*, London, I (1898), II (1899).
P. FAY. = Grenfell, Hunt and Hogart, *Fayûm towns and their papyri*, London 1900.
P. TEBT. I = Grenfell, Hunt and Smyly, *The Tebtunis papyri*, London, I (1902).
P. GEN. = Nicole, *Les papyrus de Genève. Papyrus grecs*, Genf, 1896-1900.
P. PAR. = *Les papyrus grecs du Musée du Louvre in Notices et extraits des manuscrits de la Bibliothèque impériale*, Paris, 1865, XVIII, 2.

documento nuovo, nè il dibattito ha fin qui messo d'accordo gli storici ed i giuristi su una sola di esse.

Il quesito fondamentale che nell'esame dei papiri si presenta, è quello che riflette la natura stessa del matrimonio e si riannoda alla duplice forma con cui esso può contrarsi nell'Egitto greco-romano, la scritta (ἑγγαφος γάμος) e la non scritta (ἀγγαφος γάμος). Attorno a questo quesito si raggruppano tutti gli altri: qual sia l'origine di questa duplice forma, quali rapporti corrano tra l'una e l'altra, quale funzione abbia in esse la dote, quale la *donatio propter nuptias*, come sia concepita la separazione e il divorzio, quali norme li regolino, e finalmente che cosa sia e se abbia mai esistito il cosiddetto 'anno di prova' o quanto meno un qualunque 'periodo di prova', che si ritiene abbia preceduto come periodo provvisorio di esperimento la conclusione definitiva del matrimonio. Una folla di quesiti, la cui soluzione si deve ricercare nei rapporti e nelle influenze reciproche che hanno vicendevolmente esercitato l'uno sull'altro l'antico diritto egiziano, il diritto greco, il diritto provinciale greco-egizio e il diritto imperiale romano, succedutisi cozzando e sovrapponendosi nell'Egitto.

I documenti attorno ai quali tutte le discussioni s'impennano, devono però nettamente distinguere in due categorie: l'una dei contratti demotici, letti, interpretati e commentati quasi esclusivamente dal Révillout¹⁾ e dallo Spiegelberg²⁾; l'altra dei contratti greci, studiati dal Mitteis³⁾, dal Wessely⁴⁾, dal Wilcken⁵⁾, da Grenfell e Hunt⁶⁾,

¹⁾ *Journal asiatique* X, 1877, p. 261 sgg.; *Revue égyptologique*, I, 1880, p. 5-7, 87-126, 136-138; II, 1881, p. 89-95, 124-142; IV, 1884, p. 154 sgg.; *Chrestomatie démotique*, préf. p. 128 167; *Cours de droit égyptien*, Paris, 1884, I, p. 218 sgg.; *Les obligations en droit égyptien*, Paris, 1885, p. 81 sgg.; e recentemente, *Les rapports historiques et légaux des Quirites et des Égyptiens*, Paris, 1902, p. 23-26, 51-59, 70-73, 100-105; *Précis du droit égyptien*, Paris, 1903, II, p. 974-1150. A questi scritti del Révillout è da aggiungere uno del PATURET, *La condition juridique de la femme dans l'ancienne Égypte*, Paris, 1886.

²⁾ *Demotische Papyrus aus den Königl. Museen zu Berlin*, Leipzig, 1902.

³⁾ *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des röm. Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, p. 221 312; *Archiv für Papyrusforschung* I, p. 343-351.

⁴⁾ *Studien über das Verhältniss des griech. zum ägypt. Recht im Lagidenreich*, Wien, 1891 (estr. dai *Sitzungsberichte der K. Ak. der Wissensch. in Wien*, CXXIV), p. 43-67; *Corpus Papyrum Raineri* I, p. 121-148.

⁵⁾ *Archiv f. Pap.* I, p. 484-491.

⁶⁾ *Oxyrhynchos Papyri* II, p. 141-180, 239-241, 243-245.

dal Mommsen ¹⁾, dal Brassloff ²⁾. Dal confronto dei primi coi secondi hanno alcuni voluto trarre la soluzione di taluno dei problemi suaccennati ³⁾; altri, come il Révillout, trovare in questi la riprova e la conferma delle teorie tratte da quelli; ed altri infine ha senz'altro respinto ogni possibilità di confronto, gettando il dubbio e la diffidenza sulla lettura e la interpretazione di tutti i documenti appartenenti alla prima categoria ⁴⁾. Ora, niuno degli elementi che possano esser di sussidio nella ricerca del vero, dev'essere *a priori* scartato; ma poichè d'altro canto ogni possibilità di controllo pei documenti demotici manca, ragioni di prudenza impongono un uso molto riservato di essi e vietano di fondar *decisamente* sui risultati che se ne traggono, teorie e costruzioni giuridiche ⁵⁾.

Lo studio vuol dunque esser rivolto precisamente ai documenti greco-egizi, nei quali sono abbastanza numerosi i contratti di matrimonio. In sussidio ad essi vengono gli atti di divorzio, alcuni atti di natura speciale relativi alla dote, e infine frammenti di petizioni o d'altri documenti giudiziari in cui sono accennati rapporti dipendenti o connessi allo stato matrimoniale.



Il tipo dell'atto matrimoniale, quale apparisce da codesti documenti, può così ricostruirsi nelle sue linee generali:

I. *Data e luogo* in cui l'atto si compie.

¹⁾ *Das ägyptische Gesetzbuch in Berliner Festschrift für H. Dernburg*, Berlin, 1901, p. 183 sgg.

²⁾ *Zur Kenntnis des Volksrechtes in den romanisirten Ostprovinzen des röm. Kaiserreiches*, Weimar, 1902, p. 70-92.

³⁾ Così ad es. il WESSELY, *Verhältniss des gr. u. äg. Recht* loc. cit. e il MITTELS, *Reichsrecht*, p. 269 sgg. per la questione della dote fittizia, di cui si tratterà tra breve.

⁴⁾ GRENFELL e HUNT in *Oxy. Pap.* II in nota al papiro 266.

⁵⁾ Una tale riserva non ci sembra punto ingiustificata, anzi è di stretto dovere pel giurista, cui non è consentito discutere e costruire se non sui documenti originali. Il Révillout stesso del resto, che ha violentemente attaccato gli editori inglesi (*Précis du droit égyptien* II, p. 1125, nota 1), deve ammetterlo in favore di chi non è un egittologo, come lo stesso Wilcken, citato da lui, riconosce la necessità di una revisione dei documenti demotici (*Archiv f. Pap.* I, p. 491).

II. *Quietanza della dote rilasciata dallo sposo.* — Questi dichiara di aver ricevuto (ὁμολογεῖ ἔχειν) dalla sposa, o dalla madre di lei o dal κύριος o in genere dalla famiglia, dalla casa della sposa (ἐξ οἴκου), la dote (φερνή) che o la sposa stessa o altri per lei costituisce.

III. *Descrizione dei beni costituenti la dote.* — Concorrono a formarla principalmente una somma di danaro, che talvolta vien pagata al marito per mezzo d'una banca, le vesti, i monili d'oro o d'altro metallo prezioso e gli oggetti d'adornamento della sposa, cui spesso s'aggiungono oggetti di toletta e mobili d'uso personale di lei e talvolta una statuetta d'Afrodite, simbolo beneaugurante che doveva presiedere e sorvegliare all'amore¹⁾. Raramente vi concorrono i beni immobili. Degli oggetti e degli altri beni è costantemente indicato volta per volta il valore, sicchè la dote che il marito dichiara d'aver ricevuto è da ultimo fissata nella somma totale del danaro e dei singoli valori. Non di rado gli oggetti sono già usati: il che vien detto, con una certa cura, in particolar modo delle vesti. L'ammontare totale della dote è, come i beni che la costituiscono, variabilissimo: da un minimo di 20 dramme d'argento esso sale a 400, 800, 1000, 4000 dramme, da una mina d'oro a tre, a quattro mine, a due talenti e quattromila dramme.

IV. *Descrizione dei beni costituenti i parapherna.* — Essi si limitano normalmente ad oggetti di vestimento e in genere ad altre suppellettili femminili, in aumento del corredo portato nella dote. Anche per questi il marito dichiara d'averli ricevuti ed assume impegni e responsabilità analoghe a quelle assunte per la φερνή.

V. *Invocazione della felicità per la nuova vita coniugale.* — A questo punto segue la invocazione augurale: 'vivano dunque gli sposi felici, senza colpe e senza discordie' (συμβιούτωσαν οὖν ἀλλήλους οἱ γαμβοὺντες ἀμέμπτως καὶ ἀμειψιμοιήτως).

VI. *Dichiarazione delle obbligazioni assunte dal marito.* — La enumerazione dei doveri coniugali da parte del marito è fatta quasi sempre con una cura ed una minuziosità, che denotano la preoccupazione nella sposa di contemplarli tutti. Questi doveri si riferiscono:

a) a rapporti puramente materiali. Il marito assume l'obbligo di mantenere la moglie, provvedendola del vestito, del nutrimento e

¹⁾ Cfr. WESSELY, *Corpus papyrorum Ratneri* I, p. 124.

di quant'altro è necessario nella vita e si conviene ad una donna maritata (παρεχέσθω τὰ δέοντα πάντα καὶ τὸν ἱματισμὸν καὶ τὰλλα ὅσα προσήκει γυναικὶ γαμετῇ), talvolta incondizionatamente, tal'altra limitatamente al tempo pel quale il marito conserverà la dote, e sempre in corrispondenza delle sostanze (κατὰ δύνανμιν τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς). Oltre a ciò il marito s'impegna a non dissipare le sostanze familiari (μηδὲν τῶν ὑπαρχόντων ἐξαλλοτριεῖν) e a non alienare nulla delle cose comuni senza il consenso della moglie (ἀνευ τοῦ ἐπιγραφῆναι τὴν . . . βεβαιώτριαν);

δ) a rapporti morali o di convivenza Il marito promette di non scacciare la moglie, nè d'insultarla, nè di maltrattarla (μὴ ἐξέστω ἐγβάλλειν μηδὲ ὀβριζεῖν μηδὲ κακοχεῖν αὐτήν) e s' impegna non solamente a non contrarre altre nozze (μὴ γυναῖκα ἄλλην ἐπαγαγέσθαι) a non procreare figli con altra donna vivendo la sposa (μὴ τεκνοποιεῖσθαι ἐξ ἄλλης γυναικὸς ζώσης τῆς . . .), e a non aver concubine o favoriti (μὴ παλλακὴν μηδὲ παιδικὸν ἔχειν), ma anche a vivere nella casa coniugale (μηδ' ἄλλην οἰκίαν οἰκεῖν).

Le sanzioni per ogni trascorso del marito e in particolar modo per la inosservanza dei suoi doveri di mantenimento della moglie, si riducono sempre, quando vi sono, alla restituzione della dote calcolata o nella misura in cui fu ricevuta, o coll'aggiunta d'una metà (ἀποσιώτω τὴν φερὴν - μεθ' ἡμιολίας). Tutela dei diritti che la moglie ha al sostentamento sembra sia stata quella medesima azione esecutiva καθάπερ ἐκ δίκης, che a lei spetta contro il marito per ottenere la restituzione della dote e dei beni parafernali e di cui si dirà in appresso ¹⁾).

VII. *Dichiarazione delle obbligazioni assunte dalla moglie.* — I doveri imposti alla moglie si riferiscono anch'essi da un lato alle sostanze, cioè a rapporti economici, dall'altro ai rapporti coniugali propriamente detti. Ad essa infatti:

α) è espressamente inibito di condurre una vita che mandi in rovina la casa comune (μὴ φθείρειν τὸν κοινὸν οἶκον);

¹⁾ Tale almeno pare debba essere il significato di un passo di BGU. III, 717, l. 17 e seqq., in cui lo sposo dichiara: Ἀμαμῶνιος ἐπιγορητῆ[σ]ω αὐτῇ τὰ δεῖ[ο]ντα πάντα καὶ τὸν ἱματισμό[ν], ὅσα πρ[ο]σῆκει [γυναικὶ γαμετῇ] κατὰ δύναμιν [τοῦ] βί[ου] γεινομένης σο[φί]ας τῆς πρ[ο]βάξιος εἰ μὴ πα ἐκ τῆς ἐμοῦ [καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων μοι π[α]ντων καθάπερ [ἐκ δίκης] σοὶ οὕσης ἦ[ν]. τὰ ἱμάτια κ. τ. λ.

b) è fatto obbligo di obbedire al marito (παιδορχεῖν ὡς προσήκόν ἐστιν γαμετὴν γυναῖκα ἀνδρός) ed è vietato di star lontana sia di giorno che di notte dalla casa maritale senza il consenso del marito (μὴ ἐξέστω ἀπόκοιτον μηδὲ ἐφήμερον ἀπὸ τῆς οἰκίας γίνεσθαι ἀνευ τῆς τοῦ ἀνδρός γνώμης), di aver commercio con altro uomo (μηδ' ἄλλῳ ἀνδρὶ συνεῖναι) e comunque di offendere o di disonorare il marito (μηδὲ αἰσχύνεσθαι αὐτὸν ὅσα φέρει ἀνδρὶ αἰσχύνῃν).

Manca invece ogni sanzione pei trascorsi e le colpe che la sposa possa commettere.

VIII. *Disposizioni pel divorzio.* — Le clausole riguardanti il caso della separazione o del divorzio non mancano mai nei nostri atti matrimoniali: esse vi compariscono costantemente quasi parte integrante dell'atto, allo stesso modo di quel che avviene della dichiarazione di ricevimento della dote. E normalmente i casi che si contemplan, sono:

a) l'abbandono volontario da parte della moglie: in tale ipotesi (ἐάν ἡ γυνὴ ἐκοῦσα βούληται ἀπαλλάσσεσθαι ἀπὸ τοῦ ἀνδρός) il marito è tenuto a restituire la dote e, se vi furono, i parafernali, entro un termine che è quasi costantemente di 30 giorni, talvolta di 10 giorni da quello della domanda; mancando egli al pagamento, si aggiunge come penale alla dote semplice una metà del suo ammontare, l' ἡμιόλιον;

b) il divorzio per mutuo dissenso: qui invece (ἐάν δὲ διαφορᾶς γενομένης χωρίζωνται οἱ γαμοῦντες ἀπ' ἀλλήλων) la restituzione della dote dev'esser fatta subito, senza ritardo, in qualche raro caso entro un termine di 60 giorni; ma venendo meno all'obbligo, il marito incorre nella stessa penalità dell' ἡμιόλιον.

A questo secondo caso è parificato quello dell'allontanamento della moglie dalla casa coniugale per opera del marito (ἐάν ἐγβῇ τὴν γυναῖκα, ἐπὶ μὲν τῆς ἀποπομπῆς τῆς γυναικός).

In ogni ipotesi poi è concessa alla moglie, per garanzia dei suoi diritti dotali e per quelli sui *parapherna*, l'azione esecutiva non solo su tutti i beni presenti e futuri, ma persino sulla persona stessa del marito (τῆς πράξεως οὔσης τῆς φερνῆς καὶ τῶν παραφέρων ἐκ τῆς τοῦ ἀνδρός καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτῷ πάντων καθάπερ ἐκ δίκης): azione esecutiva cui corrisponde una ipoteca generale, alla quale i beni del marito vengono assoggettati in favor della moglie.

In presenza di figli, ritenzioni speciali sono stipulate a favor del marito.

IX. *Disposizioni testamentarie dei coniugi* Non di rado col contratto di matrimonio è cumulata una serie di disposizioni testamentarie (συγγραφοδιαθήκη) sia dall' un coniuge a favor dell' altro superstite, sia di ambedue a favore dei figli già nati o nascituri, regolate più o meno diversamente a seconda della premorienza dell' uno o dell' altro dei coniugi.

X. *Liberalità di terzi a favore dei coniugi*. — E pur frequente è il caso che nell'atto intervenga un terzo per compiere delle liberalità a favore dell'uno o dell'altro coniuge, nel momento in cui va a nozze, o con disposizioni testamentarie (e l'atto chiamasi, anche qui, come nel caso precedente, συγγραφοδιαθήκη) o con donazioni. Più spesso vi comparisce un congiunto dello sposo o della sposa (la madre), che fa apporti alla nuova famiglia o fa donazioni al figlio o finalmente, prendendo occasione dal matrimonio, provvede con disposizioni testamentarie alla assegnazione e ripartizione di tutte le proprie sostanze.

XI. *Sottoscrizioni e formalità*. — Chiudono l'atto le sottoscrizioni, innanzi tutto dello sposo, quindi della sposa e del suo κύριος, o talvolta anche del solo κύριος o della madre di lei. Le seguono, nel caso di liberalità da parte di terzi, quelle del congiunto intervenuto per disporre a favore dei coniugi, e finalmente quelle dei testimoni. Questi ultimi però non compariscono mai nei contratti del periodo romano: di loro si ha traccia solo nei documenti tolemaici e bizantini, e con questa differenza, che mentre nei primi i testimoni son sei, nei secondi si trovano ridotti a tre. Da ultimo è fatta menzione della registrazione dell'atto mediante la presentazione all'archivio pubblico, della consegna di esso all'ἀγορανομείον o al γραφεῖον, della redazione di una o più copie, della consegna di queste o dell'originale al βιβλιοφύλαξ.

Questo tipo così completo di contratto non si rinviene, naturalmente, quasi mai nei papiri: manca in ognuno or l'una or l'altra delle clausole accennate qui sopra. Tuttavia alcune che sono fondamentali vi compariscono sempre; così è, a prescindere dalla data, dal luogo o dalle sottoscrizioni, della dichiarazione dello sposo d'aver ricevuto la dote, della descrizione di questa, delle obbligazioni assunte da lui (ridotte in taluni atti al semplice obbligo del mantenimento) e delle clausole riguardanti il caso di divorzio.

Il Wilcken ¹⁾, nel ricostruire lo schema del contratto P Gen. 21 + Münch. ²⁾, ha osservato come dopo le dichiarazioni dei doveri imposti alla sposa manchi ogni sanzione per la inosservanza di essi, in corrispondenza alle sanzioni che sono invece previste per la inadempienza da parte dello sposo. È questa lacuna, che come abbiamo notato si verifica sempre nei nostri documenti, del tutto fortuita? O debbesi ritenere che al marito non fosse dato alcun mezzo per punire i trascorsi e la infrazione dei doveri coniugali per parte della sposa? La seconda ipotesi è senz'altro da escludere ed è invece da ritenersi che la sanzione consistesse nello scacciar la moglie dalla casa coniugale, sanzione che non si esprimeva esplicitamente forse perchè naturale conseguenza della colpa.

Tuttavia non credo possa pensarsi ad una clausola del tenore proposto dal Wilcken: ἀν δέ τι τούτων ἐπιδαίχθῃ ἡ γυνὴ ποιῶσα, ἀποδοῦς αὐτῇ ὁ γαμῶν τὴν φερνὴν ἀπλὴν παραχρῆμα ἀποπεμφάτω τὴν γυναῖκα. L'obbligo di restituire *subito* la dote è normalmente concepito come un onere che grava sul marito s'egli è in colpa, o quanto meno quando il matrimonio si scioglia per disaccordo, nel che forse può supporre la colpa reciproca. Ma un tale onere non doveva gravare su lui anche nel caso dei trascorsi della moglie. Nel silenzio delle fonti pertanto non resta che a supporre anche qui l'uso d'un termine (forse di 30 o di 60 giorni), entro il quale la dote debba essere restituita.

Concepito così nel suo complesso, il contratto matrimoniale greco-egizio presenta questi fondamentali caratteri:

a) Per quel che riflette i rapporti patrimoniali, il regime che si adotta dagli sposi è quello dotale. La dote non solo non manca mai, per quanto minima e ridotta talvolta a pochi oggetti di uso personale della sposa, ma vi assume una importanza preponderante: la sua

¹⁾ *Archiv f. Pap.* I, p. 490.

²⁾ Questo papiro è stato felicemente ricomposto dal Wilcken unendo insieme il P. Gen. 21 e un frammento tolemaico dei papiri di Monaco, appartenenti ad un medesimo documento tagliato in due longitudinalmente, sicchè mentre nel primo si conservò il principio di ciascuna linea, nel secondo se ne trovò la fine, con una breve lacuna di circa 6-9 lettere nel mezzo d'ogni linea, che il Wilcken ha potuto facilmente colmare. La esattezza della ricomposizione è in ogni sua parte confermata dal papiro Tebt. 104, un altro contratto matrimoniale appartenente anch'esso al periodo tolemaico e circa alla stessa epoca, che grandemente gli rassomiglia.

costituzione e le varie clausole che la concernono son messe in particolare rilievo e precedono gli altri patti che dovranno regolare il matrimonio.

Accanto al regime dotale risulta spesso adottato anche, in certa guisa, il regime della comunione dei beni. Ad esso infatti si allude nei nostri papiri, accennandosi alla casa comune, quando si dice che la sposa non deve mandarla in malora (P. Gen. 21 + Münch. l. 11: *μηδὲ φθείρειν τὸν κοινὸν οἶκον*) o si tratta di provvista di grano che la madre della sposa fa alla nuova famiglia (CPR. I, 24 l. 18-20: *χορηγείν τὴν αὐτὴν μητέρα Ἀφροδείτην εἰς τὸν κοινὸν τῶν γαμούντων οἶκον ὑπὲρ τοῦ ἀναστῶτος ἔτους χρόνου πυροῦ ἀρτάβας...*). E più particolarmente vi si accenna, con una certa intenzione, tutte le volte che accade di menzionare i diritti, o meglio il potere in genere, che la moglie ha in comune col marito sulle cose familiari: il marito non deve abitare in altra casa di cui la moglie non sia padrona e signora (P. Gen. 21 + Münch. l. 5-6, Tebt. 104 l. 21: *μηδ' ἄλλην οἰκίαν οἰκεῖν ἢ ἧς συγκυριεύει Ἀρσινόη*), la moglie dovrà governare con lui le cose familiari e amministrare insieme il patrimonio (Tebt. 104 l. 15: *κυριεύουσιν μετ' αὐτοῦ κοινῇ τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς*; P. Par. 13 l. 10-11: *συνεῖναι αὐτοῖς ὡς ἀνὴρ καὶ γυνή, κυριεύουσας*¹⁾ *κοινῇ τῶν ὑπαρχόντων*; Oxy. II, 265 l. 13: *κυριεύουσιν κοινῇ*). Tuttavia quello che qui s'intende non è il vero e proprio regime della comunione generale: è piuttosto una amministrazione comune di beni (*Verwaltungsgemeinschaft*) anzichè una comunione di beni (*Gütergemeinschaft*). A un tal regime non possono certamente riferirsi gli accenni contenuti in contratti fondati sul regime dotale. Il Mitteis²⁾ ammette anch'egli che si tratti soltanto d'una *specie* di comunione, senza pronunziarsi però in modo esplicito. Ma altrove³⁾, fondandosi specialmente sui contratti demotici nei quali la comunione dei beni è espressa chiaramente, e sul citato passo del P. Par. 13, ritiene che si abbia qui la vera e propria comunione dei beni, che sconosciuta al diritto greco, s'infiltra nei nostri documenti sotto la influenza del diritto egizio. A rafforzar questa ipotesi sembra anzi a primo aspetto

¹⁾ Il WILCKEN, *Archiv f. Pap.* p. 489, n. 2 propone la correzione del *κυριεύουσας* in *κυριεύουσι* riferendolo ad αὐτοῖς, per modo che il passo significherebbe più precisamente: «gli sposi dispongono insieme del patrimonio».

²⁾ *Reichsrecht*, p. 271.

³⁾ Op. cit. p. 56.

chiamata la clausola del P. Gen. 21 + Münch. I. 7: μηδὲν ἐξαλλοτριοῦν ἄνευ τοῦ ἐπιγραφῆναι τὴν Ἀρσινόην βεβαιώτριαν, secondo la quale il marito non può fare alcuna alienazione di patrimonio senza l'intervento della moglie.¹⁾ Senonchè questa clausola, se conferma la esistenza di una certa comunione tra i coniugi, non induce in modo assoluto quella della vera e propria comunione di beni. Essa si può invece ben riferire alla semplice comunione nell'amministrazione, che non è inconciliabile col regime dotale, costantemente adottato dai coniugi.

b) Una perfetta, o quasi, reciprocità degli obblighi coniugali, sia per quanto riguarda gl'interessi materiali, sia per quanto riflette la condotta e in genere i rapporti morali tra i coniugi. Sotto il primo aspetto, come la sposa contribuisce agli oneri matrimoniali con la dote (e il contributo permane ugualmente, almeno come principio, anche quando la dote è limitata a poche suppellettili), così il marito provvede coi suoi beni e col suo lavoro al mantenimento di lei e dei figli. All'amministrazione dei beni dotali è preposto il marito, che facendo proprie pei bisogni della famiglia le rendite dei fondi, è tenuto conseguentemente a pagarne le imposte ed i pesi. Così è detto ad es. di Suchammon, nel CPR I 24, l. 22-25: καὶ ποιουμένου [τὰ ἔργα τῶν] πατρικῶν ἀρουρῶν καὶ τοῦ ἡμῖσους μέρους τῶν περὶ τὸ Μετροδώρου κλήρου ἀρουρῶν τριῶν . . . πλ.]ηροῦντος εἰς τὸ δημόσιον [τὰ δ]πὲρ αὐτῶν τελέσματα πάντα ἀπὸ τοῦ αὐτοῦ εἰσίδον(ος) [ἔτους], dove l'obbligazione di coltivare i fondi dotali di Metrodoro e di pagarne le imposte è conseguenza appunto del godimento che a lui ne è dato. Ma talvolta vi son preposti insieme ambedue i coniugi (e in ciò si ha una riprova di quella speciale comunione di cui s'è detto sopra), rimanendo pur sempre il marito tenuto a pagare i pesi, perchè le rendite sono destinate ed impiegate pei bisogni della vita coniugale e vanno quindi a beneficio anche di lui: Oxy. II, 265 l. 4-8: ἀρουρῶν δέκα . . . [κατεχ]ώρισε Νεῖλου ἐκ τοῦ Διονυσ[ο]δώρου ἀρουρῶν ἑπτὰ καὶ ἐπὶ [. . . Σεβαστ]οῦ Γερμανικοῦ καρπιε(ι)ται ὁ γ[α]μῶν Διονύσιος σὺν τῇ γυναικὶ Σαρ[αποῦτι . . .] καρπίζεται κατ' ἔτος[ς] εἰς [τ]ὸ δημόσιον καθήκοντα διὰ τοῦ πν[??]. — Sotto l'altro aspetto, come

¹⁾ Così il WILCKEN, *Archiv f. Pap.* p. 489, il quale opportunamente integra in Oxy. 266, l. 16: ἄνευ τοῦ συνεπιγραφῆναι τῇ[ν] Σαραποῦν βεβαιώτριαν.

²⁾ Lo stato troppo frammentario di questo papiro non consente una più precisa determinazione del rapporto che si costituisce tra Dionisio e la sua sposa Sarapous.

al marito sono interdetti la bigamia, il concubinato, i maltrattamenti e così via, alla moglie non è lecito venir meno alla fede coniugale, o comunque offendere e disonorare il marito. Una preponderanza dell'uomo sulla donna, una soggezione di questa al primo, un accenno insomma all'autorità maritale manca del tutto.

c) Libertà illimitata di divorzio, sia per mutuo dissenso, sia per volontà d'uno solo dei coniugi. Nessun limite è imposto perchè l'uno o l'altro coniuge possa separarsi: sicchè anche in mancanza d'un giusto motivo, com'è la inadempienza del marito o della moglie ai propri doveri, basta l'arbitrio dell'uno per scacciare dalla casa la donna, il semplice capriccio di questa per allontanarsene.

d) Re-ponsabilità del marito per gli apporti dotali. Il marito nel ricevere la dote, ne rimane responsabile sia di fronte alla moglie, sia di fronte alla famiglia di lei, o a chi la costituì. Disciolto il matrimonio, egli deve subito o, in certi casi, entro un breve termine, farne la restituzione nella stessa misura e nello stesso quantitativo in cui la ricevè, anzi nella medesima specie, quando si tratti di oggetti.

e) Carattere puramente civile del matrimonio. Se accanto, o prima, o anche dopo dell'istromento notarile, con cui le parti regolano la loro vita coniugale, sianvi cerimonie speciali e riti sacri che accompagnano il matrimonio, è ignoto. Si deve anzi supporre la esistenza di cerimonie, perocchè queste in nessun tempo e presso nessun popolo hanno mai fatto difetto. Ma che l'istromento notarile sia soltanto un accessorio del matrimonio, così come ad esempio nel diritto romano ed oggidì le tavole nuziali sono un'aggiunta che può anche mancare, non è da credersi. Il contratto, sottoscritto dalle parti e registrato nell'archivio pubblico, rappresenta l'atto costitutivo del matrimonio, il quale in esso e con esso si forma e si perfeziona. Qui non si hanno infatti soltanto provvisioni di natura patrimoniale, come se ne dispongono quando il matrimonio si contrae con un altro atto a parte, più o meno solenne. Ad esse si accoppiano altresì tutte le norme che debbono regolare il coniugio sotto ogni altro aspetto e indipendentemente dai rapporti patrimoniali: con quell'atto gli sposi si uniscono in matrimonio, fondano la nuova famiglia. La stessa mancanza di qualsiasi accenno nei documenti a formalità già compiute o che dovranno compiersi, è una riprova. E se così è, il carattere del matrimonio è con tutta evidenza prettamente civile. Esso si contrae

senz'altra formalità, mediante la stipulazione di quell'istromento notarile, col semplice concorso del consenso degli sposi e con l'assistenza dei testimoni.

Carattere dotale dei contratti matrimoniali.

Ora, donde traggono la loro origine tutti codesti caratteri? E a quale dei due diritti devonsi ricondurre le singole clausole esaminate più sopra? all'egizio o al greco-romano?

Il Wessely¹⁾, che pel primo ha affrontato l'ardua questione, non disconosce che tanto l'elemento egizio, quanto l'elemento greco, confondendosi insieme, abbiano lasciato tracce di sè, ma inclina ad assegnare una notevole preponderanza al primo elemento, pel predominio che gli usi e le consuetudini locali dovevano esercitare. Il che lo ha tratto ad interpretare diversamente taluna delle clausole di quei contratti ed a fissare in modo tutt'affatto opposto a quello da me seguito alcuno dei caratteri del matrimonio greco-egizio.

La influenza del diritto locale si rivela, a suo avviso, innanzi tutto nel termine di 30 giorni, che al marito è accordato per la restituzione della dote; nell'assenza completa o quasi di qualsiasi impedimento matrimoniale, potendo in Egitto congiungersi in matrimonio anche il fratello e la sorella²⁾; nella massima libertà che alla donna è concessa sia nel contrarre il matrimonio, sia dopo, per provvedere a tutti gli atti e compiere tutti i negozi giuridici, che le occorra di dover conchiudere. L'uso d'inventariare esattamente i beni parafernali è anch'esso di origine egizia³⁾, come lo è altresì quello di regolare la successione ereditaria dei figli nel contratto stesso di matrimonio, essendo ignoto al puro diritto egizio il testamento, d'importazione greca. Altro elemento d'influenza egizia si riscontra nello scopo che molte volte

¹⁾ *Verhältniss des gr. u. ägypt. Recht*, p. 45-67.

²⁾ I matrimoni tra fratelli e sorelle erano in Egitto frequenti anche in epoca piuttosto tarda. Cfr. MITTEIS, *Reichsrecht* p. 58-59; WILCKEN, *Sitz-Ber der B. Ak.* 1883, p. 903.

³⁾ I beni parafernali sono, secondo il RÉVILLIOUT, *Précis de droit égypt.* II, p. 1130, n. 1, di regola presso gli Egizi, rientrando in essi tutto ciò che la donna non si costituisce in dote. Essi sono invece ignoti all'antico diritto greco, nelle cui fonti letterarie e giuridiche non se ne fa mai cenno. V. su ciò più oltre.

il contratto matrimoniale si propone, quando gli sposi, precedentemente uniti (e vedremo in seguito in qual forma), hanno già procreato dei figli; perocchè qui, come nei contratti demotici, ciò a cui si mira, è la legittimazione della prole. E finalmente, come nei *parapherna*, così nella stessa *περνή* si avrebbe un altro indice di quella influenza, con questo però che l'elemento egizio qui sarebbe adombrato in una finzione. Osservando i contratti demotici, il Wessely notava come quelli dell'alto Egitto si distinguessero profondamente dai contratti del basso Egitto, perocchè mentre i primi presentano (a prescindere da altre clausole che qui non occorre esaminare) la menzione d'un dono nuziale che lo sposo fa alla sposa, i secondi non fanno punto cenno di doni e parlano invece di una dote che la donna apporta al marito. Ma questa dote era semplicemente fittizia: essa nascondeva invece una *donatio propter nuptias*, assicurata contrattualmente alla donna mercè questa finzione giuridica, che cioè il marito si dichiara debitore a titolo di dote di quanto egli ha promesso alla moglie per dono nuziale. In tal guisa dono nuziale dei contratti della prima categoria e dote di quelli della seconda coinciderebbero perfettamente, rappresentando sempre il cosiddetto *pretium pudicitiae*. Ora questa stessa finzione si sarebbe trasfusa nei contratti greci, onde la dote che anche qui il marito dichiara d'aver ricevuto dalla moglie sarebbe una pura finzione.

Si aggiunga da ultimo, che mentre nei contratti demotici c'è sempre una pensione annua assegnata dal marito alla moglie, nei greci questa manca sempre: il che dipenderebbe dal fatto che nel diritto egizio la moglie può vivere separata dal marito, mentre nei nostri contratti una esplicita promessa è da lei fatta di non allontanarsi dalla casa coniugale¹⁾.

Per converso, elementi d'influenza del diritto greco sull'egizio si avrebbero nei caratteri formali esterni del contratto: le dichiarazioni dello sposo rivolte non alla sposa, ma al tutore o alla madre; preponderanza dell'elemento patrimoniale, e in particolar modo della dote, per cui non si omette mai di constatare sin dal principio del contratto che la sposa ha portato una dote e si provvede specialmente

¹⁾ Cfr. RÉVILLOUT, *Précis*, II, p. 1043. Sulla pensione annua la l. 11 C. 5, 16, richiamata da RÉVILLOUT, op. cit. p. 1045.

al regolamento dei rapporti patrimoniali; esistenza, accanto alla dote fittizia, di una dote reale che la donna si costituisce, consistente in immobili proprii di lei (non escluso tuttavia il danaro), sui quali però il marito (cui pel diritto greco non passava la proprietà della dote) non acquista che il diritto d'usufrutto pel tempo che il matrimonio dura; obbligazione del marito di restituire, in caso di divorzio; garanzia reale e personale ch'egli presta per tale suo obbligo; diritto di esecuzione concesso alla sposa contro di lui con una speciale clausola esecutiva.

Per poter meglio apprezzare codesti risultati occorre però tener presente la costituzione del matrimonio nell'antico e puro diritto egizio. E poichè degli originari documenti demotici non mi è possibile fare uso diretto, mi sia consentito riassumere brevemente le teorie esposte e tratte di su i medesimi dal Révillout.

Nel periodo più arcaico, precedente alla legislazione di Bocchoris, il matrimonio ha carattere sacro e si contrae nel tempio dinanzi al sacerdote della divinità e del re. Il regime unico del matrimonio è quello della comunione dei beni: gli sposi con atto notarile convengono che tutti i loro beni divengano comuni. La donna 'sposa e congiunta' trasmette i diritti di famiglia ai figli nati dalla unione; il marito, pel fatto stesso della unione, è riconosciuto loro padre¹⁾. Ma più tardi questo stato di cose, conservato ancora sotto Bocchoris, vien profon-

¹⁾ La formula d'un tal matrimonio sarebbe (RÉVILLOUT, *Rapports hist. et lég.* p. 23; *Précis du dr. ég.* II, p. 995): « En ce jour, entra dans le temple le choachyte Pbestenroamen, fils de Pameukh, vers la femme choachyte Absuosor, fille d'Osor-tennu, laquelle femme lui plut comme épouse, comme femme en dation (conjointe) de cœur (comme mère transmettant les droits de famille à sa filiation), comme épouse depuis le jour de l'acte. Le bien dont il a dit: 'je le lui donnerai', elle l'a reçu, cette femme, tout terrain en part établie. — Il lui a dit, le prêtre d'Amon, prêtre du roi à qui Amon a donné la puissance: 'Est-ce que tu l'aimeras en femme établie en dation de cœur, en mère transmettant les droits de famille, o mon frère?' Lui: 'Moi, je transmets, pas don de donation, en transmission, l'apport de ces choses, dans le plan d'amour dans lequel je l'aime. Si, au contraire, j'aime une autre femme qu'elle, à l'instant de cette vilenie — où l'on me trouvera avec une autre femme — je lui donne, à elle (à ma femme) mon terrain et l'établissement de part qui a été précédemment — à l'instant, devant toute vilenie au monde de ce genre. Tous les biens que je ferai être (que j'acquerrai) par transmission ou par apport de père et de mère (par héritage) seront à ses enfants qu'elle enfantera' ». — Per questa e per le altre formule contenute nelle note seguenti si confrontino anche le versioni dei contratti matrimoniali demotici dello SPIROZBERG, *Dem. Papyrus*, p. 4, 7, 17, ecc.

damente mutato con la legislazione di Amasis, intesa a laicizzare tutte le istituzioni dell'Egitto. L'antica famiglia si disorganizza: il matrimonio, celebrato nel tempio, perde il suo precipuo carattere, il sacro, e diventa laico; esso si contrae di fatto, con la semplice unione degli sposi, che sarà poi constatata mediante la dichiarazione emessa dal marito nelle operazioni del censo quinquennale, destinate ad accertare lo stato personale del capo della nuova famiglia ed a fissare lo stato legittimo della prole. Le cerimonie antiche perdono ogni loro importanza e cessando di essere elemento essenziale dell'atto, si riducono ad una pura forma esterna: elementi sostanziali del matrimonio sono da ora innanzi il consenso delle parti e la consumazione fisica del matrimonio¹⁾. Finalmente un'altra forma sorse ancora, quella dell'acquisto della moglie fatto da parte del marito. La sposa cede se medesima come schiava, e tutti i suoi beni e i figli che procreerà, al marito: una specie di *conventio in manum* nella quale un sol limite è posto alla potestà che il marito acquista, il divieto cioè di prendere altra donna in moglie. Un tal divieto, inerente al matrimonio sacro, doveva qui essere espressamente convenuto, perchè la donna potesse rimaner la sola sposa del marito²⁾. Col tempo però la primitiva

¹⁾ La formula primitiva, conservando ancora l'antico carattere sacro, permane identica a quella riportata nella nota precedente, salvo l'aggiunta circa la dichiarazione che dovrà farsi più tardi al censo, espressa così a piè dell'atto (RÉVILLIOUT, *Rapports*, p. 54; *Précis*, II, p. 996): « En l'an 15 du roi Ahmes (lors du cens quinquennal) je dirai ceci dans la grande maison ». — Quella più nuova, contenente testualmente la dichiarazione fatta ai funzionari incaricati delle operazioni del censo, suonerebbe (*Rapports*, p. 57; *Précis*, II, p. 1000): « Le choachyte Péténofré-hotep, fils de Nesamenhotep, ayant pour mère Seteirhan, dit à la femme Tahei, fille d'Unnofré, dont la mère est Tahosuor: ' Je t'ai établie pour femme. Je n'ai aucune parole à t'opposer à ce sujet. Toutes choses au monde relativement à moi faire à toi mari (c'est-à-dire à cet état de mari que j'ai par rapport à toi), je te les abandonne depuis le jour ci-dessous ».

²⁾ L'atto relativo era così formulato (RÉVILLIOUT, *Rapports*, p. 70; *Précis*, II, p. 996): « La femme Djetamantankh, fille d'Anachamen, dit à Amon, fils de Putja: ' Tu as donné, et mon cœur en est satisfait, mon argent pour me faire à toi servante (devenir ta servante). Moi, je suis à ton service. Point à pouvoir homme quelconque du monde (personne au monde ne pourra) m'écarter de ton service. Je ne pourrai y échapper. Je ferai être à toi en outre jusqu'à argent quelconque, blé quelconque, totalité de mes biens au monde et mes enfants que j'enfanterai et totalité de ce que moi je suis dedans (je possède) et les choses que je ferai être (que j'acquerrai) et mes vêtements qui sont sur mon dos, depuis au 4 mésoré ci-dessus, jusqu'à jamais et toujours. Celui qui viendra à toi pour t'inquiéter à cause de moi en disant: ' Elle n'est pas ta servante, celle-là ', il te donnera, celui-

asprezza del rapporto si tempera e s'attenua: quel che il marito acquista non è più la donna, ma il potere su di lei, e la donna si risollewa dalla sua condizione di schiavitù fino a divenir pari al marito.

A queste due ultime forme di matrimonio si riconnettono due specie diverse di contratti, destinati a fissare e regolare il regime matrimoniale. L'una, propria dei contratti menfiti (basso Egitto), è quella del credito nuziale (in egizio, *sanch*), adottata specialmente per le unioni donde eran nati figliuoli. In essa lo sposo: 1) dichiara che prenderà in moglie la sposa (*'je t'établirai pour femme'*); 2) riconosce alla medesima un credito, di cui si dichiara debitore verso di lei e che rappresenta un dono nuziale da lui fattole; 3) le assegna una pensione alimentare annua, la quale rappresenta in certa guisa l'interesse del credito spettante alla donna; 4) sottopone ad ipoteca tutti i proprii beni in garanzia delle obbligazioni assunte; 5) s'impegna da ultimo a consegnare alla sposa la somma, che dichiara di aver ricevuto, entro 30 giorni da quello in cui avrà preso la donna in moglie (*'établi pour femme'*), o, se ella la lascerà nelle mani di lui durante il matrimonio, 30 giorni dopo lo scioglimento¹⁾. Più tardi e su questa stessa base sorge il contratto dotale, che si riveste però

là, argent quelconque, blé quelconque qui plairont à ton cœur. En ta servitude sera ta servante encore. Et mes enfants tu sera sur eux en tout lieu où tu les trouvera. Adjuré soit Amon! Adjuré soit le roi! Point n'a à te servir servante autre: ne prends pas servante quelconque en outre. Il n'y a point à dire: « Il me plaît de faire en toute similitude que ci-dessus ». Il n'y a point à m'écarter par cette similitude de ces choses. Il n'y a point à dire que tu prends femme pour le service de ton lit dans lequel tu es ».

¹⁾ Un esempio di tale contratto sarebbe (RÉVILLOUT, *Rapports*, p. 102; *Précis*, II, p. 1006): « L'an 13 mésoré du roi Ptolémée, le Dieu Philopator — Philadelphie, et des prêtres des rois qui sont inscrits à Racoti. — L'archentaphiaste Héreiou, fils de Petésé, dont la mère est Tetoua, dit à la femme Tsétamen, fille de Petosor, dont la mère est Tetoua: « Tu m'as donné, et mon cœur en est satisfait, 21 argenteus fondu du temple de Ptah, ou 20 argenteus plus $\frac{1}{2}$ $\frac{1}{10}$ $\frac{1}{20}$ $\frac{1}{40}$ $\frac{1}{80}$, 21 argenteus fondu du temple de Ptah, en tout pour ton *sanch* (ta créance). L'archentaphiaste Petésé, fils d'Héreiou, mon fils aîné, ton fils aîné, et l'homme du même rang Petosor, fils d'Héreiou, mon fils, ton fils, les deux mes enfants, tes enfants, que tu m'as engendrés et les enfants nouveaux que tu m'engendrera, seront les maîtres de tous mes biens présents et à venir. Que je te donne 36 mesures d'olyre, dont les deux tiers font 24, 36 mesures d'olyre en tout, plus 2 argenteus et $\frac{1}{10}$ fondus du temple de Ptah, ou 1 argenteus et $\frac{1}{10}$ plus $\frac{1}{2}$ $\frac{1}{10}$ $\frac{1}{20}$ $\frac{1}{40}$ $\frac{1}{80}$, 2 argenteus et $\frac{1}{10}$ fondus du temple de Ptah, pour ta pension alimentaire par an, au lieu que tu

della identica forma esteriore, rappresentandosi la dote come un prestito di danaro e quindi un credito della moglie.

La seconda forma, propria dei contratti tebani (alto Egitto) è quella del dono nuziale, adottata ordinariamente nei casi in cui la sposa conserva la verginità sino al momento in cui il matrimonio si compie. In essa lo sposo: 1) dichiara di prendere in moglie la sposa; 2) afferma di averle fatto un dono nuziale; 3) concede alla moglie una comunione parziale nei proprii beni o le promette una pensione annua; 4) s'impegna a pagare una penalità pel caso in cui, ripudiandola, conduca in moglie altra donna¹⁾.

All'uno e all'altro contratto son comuni talune clausole, come la nomina del figlio maggiore a *xōpoc* dei beni presenti e futuri del padre; l'uno e l'altro sono regolamenti patrimoniali che precedono il matrimonio, il quale non si compie che più tardi; all'uno e l'altro può esser comune l'assegno d'una pensione annua alla moglie e persino la dote, potendo anche in questi ultimi aversi apporto dotale. Ma quel che soprattutto va notato si è che in ogni contratto, nel periodo classico del puro diritto egizio, base del matrimonio è sempre che la donna abbia una provvista patrimoniale: o un credito, o un dono nuziale fatto dal marito, o una dote portata da lei stessa. È questo

voudras. C'est à toi qu'il appartient d'exiger le paiement de ta pension alimentaire qui sera à ma charge. Que je te donne cela. — La totalité de mes biens présents et à venir est en garantie de ton *sanch* ci-dessus. Je ne puis te dire: reçois ton *sanch* ci-dessus. A ton temps que tu désireras, je te le donnerai. Je ne puis faire de serment à l'encontre de toi, en dehors du lieu où l'on en juge. — A écrit Néchutès, fils de Petosor ». — L'atto non contiene tutte le clausole suindicate, che si trovano in vari altri papiri demotici più estesi; vedine ad es. in *Précis*, p. 1025, 1027, ecc.

¹⁾ Un esempio è il seguente papiro (RÉVILLIOUT, *Précis* II, p. 1037): « Le pastophore des tombes de l'ilis sacré Suachomneus, fils de Patma, dont la mère est Tsetamen, dit à la femme Taammenechteroon, fille de Puofrepepho, dont la mère est Tkelhou: 'Je t'ai prise pour femme. Je t'ai donné 1 argenteus, comme don de femme. Que je te donne 36 artabes de blé dont les deux tiers font 24, 36 artabes de blé en tout; plus, 2 argenteus et $\frac{4}{10}$, en sekels 12, en argenteus $2\frac{4}{10}$ en tout; plus, huile de sésame 12 $\chi\omicron\upsilon\varsigma$, huile de $\chi\omicron\upsilon\varsigma$ 12 $\chi\omicron\upsilon\varsigma$, ce qui fait 24 $\chi\omicron\upsilon\varsigma$ de liquide, pour ta pension d'une année. Que je te donne cela pour l'acquittement de ta pension, qui sera à ma charge une année. Que je te donne cela. — Mon fils aîné, ton fils aîné sera le maître de tous mes biens présents et à venir. Je t'établirai pour femme. Que je te méprise, je te donnerai 10 argenteus, en sekels 50, 10 argenteus en tout, sans alléguer pièce quelconque, paroles quelconques avec toi'. — Altri papiri si possono vedere a p. 1035, 1038-39, 1049, 1051-52 ecc. »

l'elemento patrimoniale che forma, con la consumazione fisica, il legame coniugale, il matrimonio.

Senonchè mentre il dono nuziale parte realmente dal marito, e il credito nuziale non è che un dono non ancor fatto, ma dovuto, la dote non parte quasi mai dalla moglie: essa è ordinariamente costituita dal marito. Nè della dote ha i caratteri: potendo la moglie ripeterla al momento della consumazione del matrimonio, essa non era punto destinata, com'è la dote greca e romana, a sopperire agli oneri della nuova famiglia. La verità è che una tal dote nasconde in sé un dono nuziale dello sposo. E tutti e tre questi elementi, dono nuziale, credito nuziale e dote, non sono a lor volta che forme diverse rappresentanti sempre una medesima funzione, quella cioè della indennità dovuta alla vergine o alla giovane libera che consente di divenire sposa.

Il diritto greco - in cui la base del matrimonio era la dote e al quale era sconosciuto il dono nuziale, mentre alla pensione alimentare si sostituiva l'obbligo del marito di mantenere in casa la moglie - trasmigrato in Egitto, urtò violentemente contro gli usi e le costumanze del popolo egizio. Ma dall'urto niuno dei due elementi riuscì, solo, vittorioso: permase l'elemento antico, visse di sua vita il nuovo, e contemporaneamente, dall'amalgama di essi, venne fuori una terza forma che assorbì dall'uno e dall'altro diritto clausole, caratteri esterni, atteggiamenti speciali. Cosicchè tre forme di contratti matrimoniali si possono dopo di allora delineare nettamente, non solo nel periodo tolemaico, ma anche nel romano e nel bizantino:

1° il contratto *dotale*, di natura prettamente macedone, in cui la base è la dote apportata dalla sposa, non mai accompagnata da doni;

2° il contratto antico egizio, *per dono nuziale*, o anche *misto*, cioè con dono nuziale da parte del marito e con apporto dotale dal lato della donna:

3° il contratto greco-egizio, fatto per *παράθηξη*, nel quale all'apporto dotale è sostituito il riconoscimento da parte del marito di un credito a favor della moglie: sorto dal diritto greco sotto l'influenza del diritto egizio.

A questa terza forma di contratto avrebbe dunque dato origine esclusivamente il contratto egizio per credito nuziale (*sanch*): la *παράθηξη* o *παρὰπαράθηξη* che si rinviene nei papiri greci, e con cui il

marito è costituito depositario e debitore di cose spettanti alla moglie, non è che il *sanch* egizio. Che anzi, come le convenzioni relative al credito nuziale in Egitto erano originariamente verbali, venendo soltanto dopo redatte in iscritto, così pare fosse anche della *παρθενη*, che prima di venire scritta, era verbale.

Ma oltre a ciò sono, negli stessi contratti greci, di origine egizia: l'anno di coabitazione, dopo il quale dovevasi rendere la dote alla moglie, e corrispondente al primo anno di matrimonio, cui si riferisce soprattutto, nei contratti demotici, la pensione alimentare; le clausole relative alla monogamia (promessa del pagamento di una penalità da parte del marito nel caso di contravvenzione), sebbene una differenza si abbia nel fatto che nei contratti greci vien fatto al marito *assoluto* divieto di sposare altra donna, e inoltre nei demotici sia spesso espressamente consentito alla sposa di avere altrove il suo domicilio, che nei contratti greci è rigorosamente stabilito nella casa coniugale; le clausole relative al divorzio, potendo la moglie spontaneamente abbandonare la casa coniugale e reclamar la dote, salva anche qui una diversità nei termini fissati per la restituzione di essa.

Accanto a tanta influenza esercitata dall'elemento locale, i contratti greco-egizi conservarono però la forma di atti bilaterali, mentre gli egizi erano unilaterali; e mantennero ancora talune altre notevoli diversità, come ad es. nella clausola penale pel *repudium* del marito, che nei demotici consiste in una somma arbitraria fissata innanzi, mentre nei greci questa non comparisce, e nell'uso particolare di regolare i rapporti patrimoniali in caso di morte d'uno dei coniugi, che si riscontra talvolta nei contratti greci, giammai nei demotici.

Ora gli atti conservati nei papiri greco-egizi - cui son rivolte le nostre ricerche - sarebbero secondo il Révillout da classificarsi nella prima e nella terza categoria. Sarebbero cioè contratti propriamente macedoni, ossia *dotali*, quelli contenuti nei papiri BGU I, 183, 251. 252; CPR. I, 22, 24, 27, 28; sarebbero calcati sul diritto egizio, ossia *παρθενηαι*, i contratti CPR. I, 29, Oxy. II, 267 e il matrimonio che si discioglie in Oxy. II, 266, mentre quello di Grenf II, 76 si richiamebbe piuttosto al contratto matrimoniale egizio *misto*¹⁾

¹⁾ Questa mi sembra, s'io non m'inganno, la conclusione cui giunge il Révillout rispetto ai nostri documenti, sebbene egli non la esprima con chiarezza e con ordine.



Il confronto coi papiri demotici, che per primo fece pensare alla esistenza di una dote fittizia nei contratti greci, dimostra invece, io credo, il contrario. I punti di contatto tra gli uni e gli altri, se si prescinda da peculiari condizioni locali, come l'assenza di qualsiasi impedimento pel matrimonio tra consanguinei, la funzione preponderante che la madre degli sposi esercita rispetto al padre e così via, sono forse minori.

Scelgo tra gli atti nuziali uno dei più antichi ¹⁾ e insieme quello che ci è meglio conservato, il Tebt. 104, appartenente all'a. 92 a. C.:

(Ἔτους) κβ Μεχ(εῖρ) ια. ὁμο(λογεῖ) Φιλίσκος(ς) Ἀπολλωνίου Πέρσης τῆ[ς
ἐπιγο(νής)] Ἀπολλωνία(ι) τῆ(ι) καὶ Καλλιάδης(ι)
Ἦρα(κλείδου) Περσ(ίνης) μετὰ κυ(ρίου) τοῦ [ἀδελφοῦ] ἀ[ὐ]τῆς Ἀ[πο]λλωνίου
ἔχειν παρ' αὐτῆς εἰς χα(λκοῦ) νομ(ισματοῦ) λό(γον) (τάλαντα) β καὶ
(δραχμας) Ἄ
τὴν διωμο(λογημένην) αὐτῶι φερνή(ν) ὑπ[ε]ρ [αὐ]τῆς Ἀ[πο]λλωνίας, ἐάν
ε[...] τὴν φερνή[ν]. ἀνεκ(ι.)
στολ(). [συ(γγραφοφύλαξ)] Διονύ(σιος).

βασιλεύοντος Πτολεμαίου τοῦ [καὶ Ἀλεξ]άνδρου θεοῦ Φιλομήτορος ἔτους
δευτέρου
καὶ εἰκοστοῦ ἐφ' [ε]ρ[έως] Ἀλεξάνδρου καὶ τῶ[ν] ἀλλ[ω]ν τῶν [γρ]αφομένων ἐν
Ἀλεξανδρείαι μὴνὸς Ξανδικ[ο]ῦ ἐνδεκάτῃ Μ[ε]χ[εῖρ] ἐνδεκάτῃ
ἐν Κερκεσίρῃ τῆς Πολέμωνος μερίδος τοῦ Ἀρ[σινό]ιτου νομοῦ. ὁμολογεῖ
Φιλίσκος Ἀπολλωνίου Π[έ]ρσης τῆς ἐπιγονῆς Ἀπολλωνία(ι) τῆ
καὶ Καλλιάδης Ἦρα(κλείδου) Περσίνης μετὰ κυ(ρίου) τοῦ αὐτῆς
(ἀ)δελφοῦ Ἀπολλωνίου ἔ[χειν] παρ' [αὐ]τῆς εἰς χαλκοῦ νομίσ-
ματος λόγον τάλαντα δύο καὶ δραχμας τετρακισχίλια[ς] τὴν διω-
μολογημένην αὐτῶι φερνήν ὑπέρ αὐτῆς Ἀπολλωνίας. [ἐ]στὼ δὲ
Ἀπολλωνία(ι) π[α]ρά Φιλίσκῳ πειθαρχοῦσα α[ὐ]τοῦ ὡς προσή[κον] ἐστιν

¹⁾ Più antico e più complesso, sebbene tutto il principio ne sia andato perduto, è il contratto P. Gen. + 21 Münch, appartenente al II sec. a. C., che il Wilcken ha ricostruito in *Archiv f. Pap. loc. cit.*, ampiamente commentandolo, e che non riprodurrò essendo nelle sue linee generali identico al Tebt. 104.

γυναῖκα ἀνδρός, κυρ(ι)εύουσιν μετ' αὐτοῦ κοινῇ τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς.
 τὰ δὲ [δ]έοντα π[ά]ντα καὶ τὸν [ιμ]ατισμὸν καὶ τὰλλα ὅσα προσήκει γυναίκε
 γαμετῇ παρεχέσθω Φιλίσκος Ἀπολλωνίαν ἐνδημῶν καὶ ἀποδημῶν
 κατὰ δύναμιν τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς, καὶ μὴ ἐξέστω Φιλίσκος
 γυναῖκα ἄλλην ἐπ[α]γ[α]γέσθαι ἀλλὰ Ἀπολλωνίαν μὴδὲ παλλακὴν μὴδὲ
 π[αιδ]ικὸν ἔχειν μὴδ[ὲ] τεκνο]ποιεῖσθαι ἐξ ἄλλης γυναικὸς ζῶσ[η]ς
 Ἀπ[ο]λλωνίας μὴδ' ἄλλην οἰκία]ν οἰκεῖν ἧς οὐ κυριεύσει Ἀπολλωνία
 μὴδ' ἐγβάλλειν μὴδὲ ὀβ[ρί]ς[ε]ιν μὴδὲ κακουχεῖν αὐτήν μὴδὲ τῶν ὑπαρ-
 χόντων μὴδὲν ἐξαλλοτ[ρ]ιοῦν ἐπ' ἀδικίαι τῇ. Ἀπολλωνία. ἐὰν δὲ τι
 τοῦτων ἐπιδειχθῇ ποιῶν ἢ τὰ δέοντα ἢ τὸν ἱματισμὸν ἢ τὰλλα
 μὴ παρέχῃ αὐτῇ καθὰ γέγραπται ἀποτεισάτωι Φιλίσκος Ἀπολλωνία
 παραχρῆμα τὴν φερνήν τὰ δύο τέλαντα καὶ τὰ[ς] τετρακισχιλίας δραχμὰς
 τοῦ χαλκοῦ. κατὰ τὰ αὐτὰ δὲ μὴδὲ Ἀπολλωνία ἐξέστω ἀπόκοιτον μὴδὲ
 ἀφήμερον γίνεσθαι ἀπὸ τῆς Φιλίσκου οἰκίας ἄνευ τῆς Φιλίσκου γυν[μ]ῆς
 μεθ' ἄλλω[ι]

ἀνδρ[ι] συνεῖναι μὴδὲ φθε[ί]ρειν τὸν κοινὸν οἶκον μὴδὲ αἰσχύνεσθ[αι]
 Φιλίσκον ὅσα φέρεται ἀνδρὶ αἰσχύνειν. ἐὰν δὲ Ἀπολλωνία ἐκοῦσα βούλη[ται]
 ἀπαλλάσσεσθαι ἀπὸ Φιλίσκου ἀποδότω αὐτῇ Φιλίσκος τὴν φερνήν ἀπ[λ]ήν
 ἐν ἡμέραις δέκα ἀφ' ἧς ἐξ[ὲ]ν ἀπ[α]ιτηθῇ. ἐὰν δὲ μὴ ἀπ[ο]δῶ καθὰ γέγραπ[ται]
 [ἀ]π[ο]τ[ε]ισάτω αὐτῇ παραχρῆμα ἢ εἴληφεν ἡμι[όλ]ιον τῇ[ν] φερνήν.
 μάρτυρες Διονύσιος Πάτρωνος Διονύσιος Ἑρμιάσκου Θέων Πτολεμαῖου
 Δίδυμος Πτολεμαῖος Διονύσιος Διονυσίου Ἡράκλειος Διοκλ[έ]ους ο[ι] ἐξ Μακεδόνης
 τ[ῆ]ς ἐπιγονῆς. συγγραφοφύλαξ Διονύσιος.

(2^a m.) Φιλίσκος] Ἀπολλωνίου Πέρονος τῆς ἐπιγονῆς ὁμολογῶ ἔχειν τὴν
 φερνήν τὰ δύο τέλαντα
 καὶ τὰς τε]τρακισχιλίας δραχμὰς τοῦ χαλκοῦ καθότι προγέγραπται καὶ ποι(ή-
 σο)μαι

[περὶ τὴν φερνήν κα[θό]τι παραδε... εἰ. ἔγραψεν ὑπὲρ αὐτοῦ Διονύσιος
 Ἑρμιάσκου

[ὁ προγεγραμμένος διὰ τ]ὸ αὐτὸν μὴ ἐπίστασθ[αι γρά]μματα.

(3^a m.)] Διονύσιος ἔχω κυρίαν.

(1^a m.) ἔτους κβ Μεχσὶρ ια τέτ(ακται) εἰς ἀναγρ(αφήν).

Sono queste le tavole nuziali tra Philiscus e Apollonia detta an-
 che K-llauthis, ambedue persiani. Assiste, come κύριος della sposa, il
 fratello di lei, Apollonio, ed intervengono all'atto sei testimoni che, si
 noti, son tutti macedoni. Riceve il contratto il συγγραφοφύλαξ Dionisio,

che a sua volta funziona come uno dei sei testimoni. Il contratto, che sul verso reca a mo' di titolo: Ἀπ[ολ]λωνίας [πρὸς] Φι[λ]ίσκου δημο(λογία) γάμου καὶ [.....]. κοιν., ed è stipulato in Kerkeosiris, del nome Arsinoitico, è come al solito concepito nella forma di una δημολογία. Precede infatti la dichiarazione di Philiscus, che accusa ricevuta della dote di due talenti e quattromila dramme in bronzo, dote 'così con lui convenuta per la detta Apollonia.' Alla redazione dell'atto sembra dunque che abbia anteceduto un'apposita convenzione, diretta a fissarne l'ammontare. Seguono i patti che debbono regolare la vita coniugale e la condotta degli sposi: Philiscus provvederà alle vesti e al mantenimento della moglie, anche se lontano; non avrà concubina né sposterà altra donna, né procreerà figli con altra¹⁾, né maltratterà, offenderà o scaccerà sua moglie, né dissiperà le sostanze familiari; ed Apollonia obbedirà a lui né l'offenderà, né starà fuori di casa di giorno o di notte, o tradirà la fede coniugale o manderà la casa in ruina. Se il marito verrà meno ai suoi doveri, renderà subito la dote ad Apollonia; la quale potrà sempre spontaneamente divorziare e avrà diritto in tal caso alla restituzione della dote entro dieci giorni dalla domanda: le spetterà invece la dote nella misura d'una volta e mezzo (*hemolion*), se Philiscus si rifiuterà.

Ora, chi confronti quest'atto coi formulari dei contratti egizi riportati più sopra, troverà sì ricordi e rassomiglianze, ma non potrebbe in ogni sua parte dimostrar ricalcato sui demotici il contratto matrimoniale di Philiscus. Elementi egizi possono ritenersi l'assistenza del fratello della sposa al contratto nuziale e il termine dei dieci giorni. E in genere carattere orientale hanno le clausole regolanti la vita coniugale²⁾. Ma in tutto il resto, e particolarmente per quanto riguarda il regime patrimoniale, esso è greco o almeno - se si vuol esser più

¹⁾ Argutamente il WILCKEN, *Archiv f. Pap.* I, p. 483 suppone che, mentre col παλλακή si allude al divieto del concubinato, e col γυναῖξ' ἄλλην ἐπαγαγίσθαι a quello della bigamia, col τακτοποιῆσαι s'intende inibire un contemporaneo matrimonio non scritto con altra donna. Sulla scorta di Tebt. 104, può pertanto P. Gen. 21 + Münch. così integrarsi alla linea 4-5: ἐπαγαγίσθαι εἰς τ[ὴν οἰκίαν] μ[η]δὲ παλλακὴν μ[η]δὲ παιδ[ίσκον] [ἑχ]ειν.

²⁾ Notevoli sono i riscontri che nel Codice di Hammurabi, del 23° sec. a. C., si trovano circa i rapporti di vita tra i coniugi. Si vedano gli art. 128 e sgg. nella recente versione italiana del BONFANTE, *Le leggi di Hammurabi re di Babilonia*, a. 2285-2242 a. C., Milano, 1903, p. 21 sgg.

cauti - non egizio. Il matrimonio tra Philiscus ed Apollonia è un ἔγγραφος γάμος: base di esso è il regime dotale, e che la dote sia vera ed effettiva non può revocarsi in dubbio, non già soltanto perchè lo sposo ne rilascia regolarmente ricevuta, ma anche perchè con tutta chiarezza si dice che l'ammontare di essa era stato preventivamente concordato tra le parti.

Il regime matrimoniale che in questo, come in tutti gli altri papiri greci, è applicato, è il regime dotale. La dote, sia essa costituita di somme di danaro, o di beni immobili, o anche di sole suppellettili, esercita una funzione così importante nel matrimonio che non saprebbe concepire matrimonio (intendo quello perfetto, di cui si dirà in seguito) senza costituzione di dote ¹⁾. Questa che può parere una semplice affermazione, è confortata in modo irrefutabile dagli stessi documenti che i fautori della dote fittizia adducono in loro favore. Uno tra essi è ad es. l'atto nuziale CPR I, 27, che il Mitteis ²⁾ e il Wessely ³⁾ hanno commentato, ritenendo appunto che la dote in esso dalla moglie apportata fosse un dono nuziale, una *donatio ante nuptias in dotem redacta*. Rileggiamo il contratto, avvertendo che esso fu stipulato nell'a. 190 d. C. (forse il 26 marzo, non dopo), ossia circa tre secoli più tardi del precedente:

[Ἔτους τριαντοστοῦ Ἀὐτοκράτορος Καίσαρος Μάρκου Ἀυρηλίου Κομμόδου
Ἀντωνίνου Εὐσεβοῦς
[Εὐτυχοῦ Σεβαστοῦ Ἀρμενιακοῦ Μηδικοῦ Παρθικοῦ Σαρματικοῦ Γερμανικοῦ
Μεγίστου] Βρεταννικοῦ μηνός
[ἀρτεμισίου φαιωνιάς . . . ἐν Προλεμαΐδι Εὐεργέτιδι τοῦ Ἀρσινοεῖτου νομοῦ.
ὁμολογεῖ Ἰσιδῶρος] ἐκ τοῦ νοτίου
[. . . ἀπογραφόμενος ἐπ' ἀμφόρου Μοήρεως ὡς [ἐτών] εἴκοσι δύο ἄσημος
Πασίωνι τῷ] καὶ Ἰσιδῶρι Μάρωνος
..... ὡς ἐτών [. . .] τα δύο [ἀσή]μῃ ἔχειν τὸν Ἰσιδῶρον παρὰ τοῦ Π[α-
σίωνος] τοῦ καὶ Ἰσιδῶρου

¹⁾ In Grecia appunto la dote assunse ben presto tale importanza che non vi fu più matrimonio senza dote. Cfr. BEAUCHET, *Hist. du dr. privé de la Rep. Ath.* I, p. 249, 252, 254 ecc.

²⁾ *Reichsrecht* p. 275 sgg.

³⁾ *Verhältnisse des gr. u. äg. R.* p. 46 sgg. Cfr. anche RÉVILLOUT, *Précis* II, p. 1129-1130.

[ἐπὶ τῇ ἐπιτροπευομένῃ αὐτοῦ Θαισ]αρίῳ [Ἡρ]ακλείδου παρ[θ]ένῳ οὐσῃ - συ-
 νερχομ[ένῃ αὐτ]ῇ πρὸς γάμον φερ-
 [νὴν χρυσ]οῦ μνα[ταῖα τρία ἐν κ]οσμαρ[ίῳ] καὶ ἱμάτια ἐν συντεμῆσει δραχμῶν
 τρ[ι]εκοσίων ἃ ἐστὶν σου-
 [θάριον]. . . . οἰακός [καὶ . . .] μινός ἡμιτρίβης ἑταρὸς σμαραγδινὸς σου[βρ]ι-
 κ[οπάλ]λιον μόρινον ἡμι-
 [τρίβης ἀβολλ]ῆς λευκὸς καὶ ἐ[ν τοῖς παραφ]έρνοις κιτῶν κροκά[τι]νος παλ-
 λιόλον γλοι[ον ἐπ]ικάρσιον καὶ χαλκὰ
 [ἀφρο]θαίτην ἐσοπτρον διπτυχὸν δίφρον στάμνον [σ]καφίον καὶ ξύλινα [ἐπιθῆ]κην
 τῆς ἀφροδαί-
 [της . . .]μην σκρήνιον καθήδραν σὺν ὑποποδίῳ — Συμβιούτωσαν οὖν ἀλλήλοις
 οἱ γαμοῦντες ὁ τε Ἰοί-
 [θωρος καὶ ἡ] Θαισάριον ἀμέμπτως τοῦ Ἰσιδώρου [ἐ]πιχορηγοῦ[ντος] αὐτῇ τὰ
 θέοντα πάντα καὶ τὸν ἱματισμὸν καὶ τὰ ἄλ-
 [λα ὅσα καθήκ]ει γυναικὶ γαμετῇ κατὰ δύναμιν τοῦ [βίου κ]αὶ αὐτῆς δὲ τῆς
 Θαισαρίου ἀμεπτον καὶ ἀκατηγόρη-
 [τον ἑαυτὴν παρ]εχομένην ἐν τῇ συμβιώσει ἐφ' ᾧ [ἀποκαρπύ]ζου[θα]ι τὸν Ἰοί-
 θωρον ἐφ' ὃν χρόνον μένει αὐτοῖς
 [ἡ πρὸς ἀλλή]λους συμβίωσις τὸ ὑπάρχον τῇ Θα[ισαρίῳ] περὶ [κῶ]μην Σεβεν-
 νύτον τέταρτον μέρος κοινὸν καὶ
 [ἀδιαιρέτον] φρικτῶνος ἀρουρῶν δέκα ὀκτώ — Ἐάν δὲ διαφορὰς αὐτοῖς
 γενομένης χωρ[ι]ζῶνται ἀπ' ἀλ[λῆλων]
 [οἱ γαμοῦντες ἀπ]οθότω ὁ Ἰσιθωρος τὴν προκειμένην φερνὴν [τ]ὸ μὲν χρυσίον
 ἐν τοῖς [αὐ]τοῖς κοσμαρίοις καὶ ἴση ὀλ-
 [κῇ καὶ τὰ ἱμάτι]α σὺν τῇ ἴσῃ συντεμῆσει ἐγλογ[ῆς] αὐτῇ οὐσης ἥτοι τὰ ἱμάτια
 λαμβάνειν καὶ τὸ ἀπ[αν ἐ]νεχθὲν ἐπὶ
 [τὸν γάμον ἢ τὴν ἴση]ν συντεμῆσιν ἐπὶ μὲν τῆς ἀποπομπῆς παραχρῆμα ἐπὶ δὲ
 τῆς ἐκουσίου ἀπαλλ[αγῆς ἐν ἡ]μέραις
 [τριακοντα ἀφ'] ἧς ἐάν ἀπαιτητῇ τὰ δὲ παράφερνα παραχρῆμα ὅποια ἐάν ἐγβῇ
 ἐκ τῆς τρέψ[εως] καὶ κατα-
 [θαιρεῖσθω] ἡ πρόσδοτος τοῦ φο[ινι]κῶνος εἰς τὴν τοῦ ἐ[τ]ους τοῦ χωρισμ[οῦ]
 θωδεκάμηνον καὶ λήμφεται
 [τὸ ἐπιβέλλ]ον ὧν ἐάν φανῇ μεμενηκυεῖα παρ' αὐτῇ μνηῶν — γεινομένης τῇ
 Θαισαρίῳ τῆς πρῶ-
 [ξενίας τῆς τε] φερνῆς καὶ παραφέρων ἐκ τε τοῦ Ἰσιδώρου καὶ [ἐκ] τῶν ὑπαρχόν-
 των αὐτῇ πάντων καθάπερ ἐγ' εἰκ[ῆς]

(2^a m.) Ἰσιδωρος . . .] ἔχω παρὰ τοῦ Πασίωνος τοῦ καὶ Ἰσιδώρου ἐπὶ τῇ
ἐπιτροπευομένῃ [αὐτοῦ]
[Θαισαρίῳ π]αρθένῳ ὄσῃ συνερχομένης μοι πρὸς γάμον φερνὴν διὰ χειρὸς
χρυσῶ
μ]νυαῖα [τρ]ία ἐν κοσμηρίοις καὶ ἱμάτια ἐν συντεμήσει δραχμῶν [τριακο-
σίων] καὶ
τ]ὴ παράφερνα ἐφ' ᾧ καὶ καρπίζεσθαι μὲ εἰς τὸν κοινὸν ἡμῶν [οἶκον τ]ὸ
διδ[ρχον
σοι π]ερὶ κώμην Σεβεννῦτον τέταρτον μέρος φοινικῶνος ἀ[ρουρῶν δέκα ὀκτὼ
(3^a m.) λου ἀποδώσω καθὼς πρόκειται Πασίων ὁ [καὶ Ἰσιδωρος
. . . Ἰσιδῶρῳ τὴν ἐπιτροπευομένην ἐμοῦ Θαισαρίῳ
. προκείμενος

Gli sposi son qui Isidoro e Thaisarion, l'uno di ventidue anni circa, l'altra di età ignota, ma certamente minorile, perocchè in vece di comparire in persona, è rappresentata nel contratto dal proprio tutore, Pasion. Se dunque, come ritengo, il nostro documento è non solo il regolamento patrimoniale del regime coniugale, ma l'atto stesso di matrimonio, resta accertato che il consenso poteva per essa prestarsi dal tutore. Notevole sotto questo aspetto la frase ἀποδώσω . . . Πασίων . . . Ἰσιδῶρῳ τὴν ἐπιτροπευομένην ἐμοῦ Θαισαρίῳ, che sembra chiaramente accennare all'impegno assunto dal tutore di consegnar la pupilla sposa al marito. La dote, della quale Isidoro dà ricevuta al tutore, è costituita tutta di ornamenti e di vesti, quelli pel valore di 3 mine d'oro, queste di 300 dramme; il valore è assegnato in modo complessivo, ma delle vesti è fatta esattamente la enumerazione e la descrizione, mentre degli ornamenti non si specifica in che cosa consistano. Altro particolare degno di nota (che del resto si riscontra anche in altri contratti matrimoniali) è che d'una veste si constata ch'essa è già usata. In aggiunta alle vesti dotali, la sposa ne porta anche altre tra i *parapherna*, oltre ad oggetti di bronzo, specchi, vasi, un armadio, una poltrona. Ma il paraferno, si noti ancor questo, non viene stimato. Seguono, come nel contratto precedente, le obbligazioni che il marito assume di mantenere e provveder d'ogni cosa la moglie, e la obbligo di lei di condursi irreprensibilmente. Finchè il matrimonio durerà, Isidoro percepirà i frutti del quarto di un palmeto indiviso, spettante a Thaisarion. Ma se, nati disaccordi,

gli sposi si separeranno, Isidoro perderà l'usufrutto del palmeto e dovrà rendere la dote e i *parapherna*, la dote negli stessi oggetti e dello stesso valore, così come sono stati dalla sposa portati nel giorno del matrimonio, salvo ad essa la scelta di prenderne la stima, cioè tre mine d'oro e 300 dramme: e la restituzione dovrà esser fatta per la dote immediatamente, se è lo sposo che la scaccia, ovvero entro trenta giorni dalla domanda se è la sposa che si separa; per i *parapherna*, subito, nell'un caso e nell'altro. Quanto alla rendita del palmeto pei dodici mesi dell'anno della separazione, ossia dell'ultimo anno di matrimonio, si conviene ch'essa sarà divisa pel numero dei mesi e il marito ne riceverà una quota corrispondente al numero di mesi che la sposa risulterà esser rimasta presso di lui¹⁾.

Questo documento desta dal lato giuridico un interesse notevolmente maggiore dell'altro, non solo perchè conferma il carattere dotale del regime matrimoniale nell'Egitto greco-romano, ma altresì perchè ci rappresenta applicato un diritto che non è molto difforme dal diritto imperiale romano. Siamo del resto nel II secolo dell'impero, in pieno periodo romano, e il fenomeno è naturale.

Si osservi innanzi tutto che gli oggetti costituenti la *φερνή* sono consegnati a stima; e se questa qui è fatta in blocco, altrove essa è accuratamente fatta oggetto per oggetto. Così ad es. in BGU. III, 717, che è la copia d'un atto matrimoniale del 15 luglio 149 d. C., e nel quale lo sposo riceve da Giulia Tertia per la figlia di lei la dote di mille e cento dramme d'argento:

[Ἀμμώνιος....] τοῦ Εὐδαίμονος, Σωσικόσμειος ὁ καὶ Ἀλθαΐδης, Ἰουλίᾳ Τερ-
τίᾳ χω-
[ρίς κυρίου χρηματιζ]ούσῃ κατ[ὰ τὰ] Ῥωμαίων ἔθῃ· Ὁμολογῶ ἔχειν παρὰ
σοῦ ἐπὶ τῇ
[θυγατρὶ σου.....]ῃ φερνήν ἀ[ρ]γυρίου δραχμὰς χειλίας ἑκατόν, ἀφ' ὧν
εἰσὶ μὲν τεμ[η]
[.....] εἰς λευκῆς [ἔρ]γων τριῶν δραχμῶ[ν] δια[χο]σίων εἴκοσι,
ἄλλης τυραν-

¹⁾ La l. 22 è dal Mitteis riprodotta in modo molto diverso, e quindi interpretata nel senso che la ripartizione dei frutti si faccia in proporzione dei figli o quanto meno in contemplazione di questi. Ma il papiro non parla di figli nè qui nè altrove.

[... ἔργων] δραχμῶν διακοσίων τεσσαράκοντα, ἑτέρας καλλιᾶνης
 δραχμῶν
 [ἑκατὸν τεσσαράκον]τα, ἄλλης κα[λλα]ίνης ἔργων τριῶν δραχ[μῶ]ν τετρακο-
 σίων [...]
 [.....] ἑ]κατὸν ἀργυρικᾶς καὶ χρυσίου δοκιμείου σταθμῷ Ἀλεξαν-
 δρείῃ
 [μναιαῖα]ν τετάρτας δέκα ἐν κοσμαρίοις καὶ ἄνευ διατεμῆσεως
 κ[ι]τον
 [.....]ινα πᾶλλια πέντε ἐν χρώμασι, ὑποζώνην οὐα...ιμ..
 [.....] Ἀ]φροδείτην, σ[υ]νθήκας 8Ε, ἀναστά(ε)ις, σκαφία [.]αι..
 τιν βαθ[...]
 [.....]α δύο, κάτοπτ[ρ]ον διπτυχον, λαμπάδα, ληκύθ[ου]ς τέσ-
 σαρς, .[.]
 [.....]α λήκυθον [κα]σαιτερίνην, κάμπτρα κ[ι]βωτός, κόφινος
 πε....
 [.....] ερος κόφιν[ος], καθέδρα, μυροθήκη, πάντα ξύλινα, κα-
 θήδρα

Giulia Tertia, che secondo il costume romano agisce senza l'assistenza del κύριος¹⁾, consegna allo sposo gli oggetti dotali valutati l'uno 220, l'altro 240, il terzo 140 dramme e così via, oltre (pare) del danaro e dieci quarti in gioielli: ma di questi ultimi non si fa la stima particolareggiata, forse pel gran numero di cui son composti. Quelli che seguono sono probabilmente beni parafernali: inducono a ritenerli tali oltre la natura degli oggetti, tra i quali è la statuetta di Afrodite portata sempre dalla sposa nel paraferno, anche la mancanza della stima sia specifica sia generica.

Questa stima richiama vivamente al pensiero quella che in diritto romano solevasi praticare negli istrumenti dotali. Pel noto principio che « aestimatio venditio est »²⁾, la stima trasferendo nel marito il *periculum* delle cose dotali, assicurava in modo completo la dote alla moglie, perocchè con essa ponevasi a carico di lui anche il deterioramento derivante dall'uso e dalla consumazione naturale delle cose: non stimate invece, la sposa era tenuta a riprenderle così come

¹⁾ Vedi simili dichiarazioni in BGU. III, 920 dell'anno 160/1 d. C.; I, 96 e vari altri.

²⁾ L. 10 § 5 D. de iure dot. 23, 3.

trovavansi al giorno della restituzione¹⁾. L'insegnamento è dato da Ulpiano nella:

1. 10 *pr. D. de iure dot.* 23, 3. *Ulp. libro trigesimo quarto ad Sabinum*. Plerumque interest viri res non esse aestimatas idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat, maxime si animalia in dotem acceperit *vel vestem*, qua mulier utitur: eveniet enim, si aestimata sit et eam mulier adtrivit, ut nihilo minus maritus aestimationem eorum praestet. quotiens igitur non aestimatae res in dotem dantur, et meliores et deteriores mulieri fiunt.

Per conseguenza vanno a vantaggio della moglie le accessioni del fondo, se le cose non furono stimate; vanno a suo carico le perdite (§ 1 l. 10 cit.), come va a suo carico, ad es., la morte del servo dotale (l. 12 § 1 D. h. tit.): *ceterum, si simpliciter dedisset, procul dubio periculo eius moreretur, non mariti*. E per converso, il marito lucra gli aumenti, se le cose dotali si accrescono²⁾:

1. 10 C. *de iure dot.* 5, 12. *Impp. Diocl. et Max. Ingenuo*. Cum dotem te aestimatam accepisse profitearis, apparet iure communi per pactum quod doti insertum est formato contractu ex empto actionem esse. quis enim dubitet aestimationem a te mulieri deberi, cum periculo tuo res deteriores fiant vel augmenta lucro tuo recipiantur?³⁾.

siccome sta a suo carico il deterioramento, anche quando questo avvenga per l'uso che delle cose dotali faccia la moglie:

1. 51 *D. soluto matr.* 24, 3. *Hermogenianus libro secundo iuris epitomarum*. Aestimatae res usu etiam mulieris periculo mariti deteriores efficiuntur.

¹⁾ WINDSCHEID, *Pand.* II, § 494, n. 11. Cfr. ancora CZYHLARZ, *Dotalrecht*, p. 151 sgg., BECHMANN, *Dotalrecht* II, p. 212 sgg., BARON, *Pand.* § 332, p. 603-604, n. 3-9 e COSTA, *La condizione patrimoniale del coniuge superstite nel diritto rom. classico*, Bologna, 1889, p. 103-116.

²⁾ I frutti della dote, sia essa *aestimata* o pur no, appartengono sempre al marito, rappresentando essi appunto l'aiuto che la donna apporta nelle spese della nuova famiglia.

³⁾ Cfr. inoltre l. un. § 9 c. C. *de rei ux.* 5, 13: « Aestimatarum enim rerum maritus quasi emptor et commodum sentiat et dispendium subeat et periculum expectet », e la l. 68 § 3 D. 24, 3, che riproduce la l. 18 riportata più oltre: « Mancipia in dotem aestimata accepisti: PACTUM CONVENTUM DEINDE FACTUM EST, ut divortio facto tantidem aestimata redderes nec de partu dotalium ancillarum mentio facta est. manebit, inquit Labeo, partus tuus, quia is pro periculo mancipiorum penes te esse deberet ».

Ora la stima praticata nei papiri non poteva mirare a scopo diverso: applicazione essa stessa dell'istituto romano o sorta indipendentemente da quello, essa tendeva certamente a salvaguardare la posizione della donna di fronte alle facili e non infrequenti dissipazioni del marito, rendendolo responsabile di tutto l'apporto della moglie. E se, come si desume dalla notizia di Ulpiano, i mariti tentavano di schivare la stima specialmente per le cose che possono più facilmente perire, come gli animali, o deteriorarsi, come le vesti che la moglie stessa indossando consuma, è ragionevole pensare che l'uso di stimarle fosse abbastanza largo: la sposa o chi la rappresenta dovevano aver tutto l'interesse ad inserirla nell'istrumento dotale. Quest'uso noi lo ritroviamo dunque praticamente applicato negli atti matrimoniali dell'Egitto. E di qui già discende inoppugnabile un primo argomento contro la teoria della dote fittizia. Come infatti potrebbe pensarsi ad un dono nuziale, nascosto sotto le parvenze di una dote, là dove le parti hanno cura di far seguire alla descrizione dell'oggetto la stima del suo valore? Non sarebbe dunque bastata la semplice descrizione? E perchè mai codesta costante valutazione?

Il ricordo del diritto greco potrebbe invero togliere ogni valore a siffatto argomento. Nel diritto attico vigeva la norma che i beni recati in dote dalla donna fossero non solo descritti, ma accompagnati da una stima fatta dal costituente la dote e accettata dallo sposo¹⁾. Questa stima aveva anzi tale importanza, che solo i beni caduti in essa potevansi considerare siccome dotali e solo di essi potevasi dalla donna chiedere la restituzione: gli altri divenivano proprietà del marito²⁾. Il che accadeva sempre dei beni dati alla sposa in occasione del suo matrimonio. Il principio che regolava la materia era pertanto affatto opposto a quello del diritto romano: la stima non valeva mai siccome vendita a favore del marito³⁾.

È forse questa la stima cui vengono assoggettati i beni dotali dei nostri papiri?

Nulla impedisce che la origine di quell'uso sia ricondotta al principio in esame. Tuttavia la natura e lo scopo di essa ne son profondamente diversi. Il marito, che nel diritto attico deve senza al-

¹⁾ BEAUCHET, *Hist. du dr. privé* I, p. 282.

²⁾ Cfr. op. cit. p. 283 e gli autori citati nella nota 3.

³⁾ Op. cit. p. 324.

cuna dilazione restituire gli oggetti e gli altri mobili dotali in natura, è invece nei nostri documenti autorizzato a restituire, in mancanza di essi, il prezzo di stima. Si aggiunga che dei beni donati alla sposa da altri in occasione delle nozze non accade mai vedere il marito divenir proprietario: quei beni o sono espressamente costituiti in dote, in aggiunta alla dote già portata dalla sposa, o sono assegnati tra i parafernali: e nell'un caso e nell'altro vengano ugualmente stimati.

Ma v'ha di più. Se il diritto romano rendeva il marito, per effetto della stima, responsabile non della dote, ma della sua *aestimatio*¹⁾, non escludeva tuttavia che si potesse per patto riservare alla moglie la scelta di reclamare gli oggetti dello stesso valore o la loro stima. La l. 10 § 6 D. 23, 3 prospetta appunto questa ipotesi, ponendola accanto alle altre due, in cui cioè la scelta sia stata riservata al marito, e in cui nulla siasi determinato in proposito tra le parti:

Si res in dotem datae fuerint quamvis aestimatae, verum con-
venerit, ut aut aestimatio aut res praestentur, si quidem fuerit ad-
iectum '*utrum mulier velit*', ipsa eliget, utrum malit petere rem
aestimationem²⁾: verum si ita fuerit adiectum '*utrum maritus
velit*', ipsius erit electio. aut si nihil de electione adiciatur. ele-
ctionem habebit maritus, utrum malit res offerre an pretium
earum: nam et cum illa aut illa res promittitur, rei electio est,
utram praestet. sed si res non exstet, aestimationem omnimodo
maritus praestabit.

Poteva il patto esser formulato in modo, che il marito dovesse rendere o il valore di stima o altrettanti oggetti dello stesso valore, siccome affermano Pomponio e Labeone nella:

l. 18 D. 23, 3. *Pomponius libro quarto decimo ad Sabinum.*

Si mancipia in dotem *aestimata* accepisti et *pactum conventum factum est*, ut tantidem aestimata divortio facto redderes, manere partum eorum apud te Labeo ait, quia et mancipia tuo periculo fuerint.

Ma più frequente doveva al certo esser la clausola che riservava alla donna il diritto di scelta, come quella che meglio proteggeva la

¹⁾ Cfr. GIRARD, *Manuel*, 3^a ed. p. 945, n. 1.

²⁾ *Rem aestimationemve o rem an aestimationem*: cfr. MOMMSEN *ad h. l.* e OTTO, *Thesaurus* II, p. 329 e III, p. 1267.

sposa, quando più facili ebbero a divenire i divorzi, se di essa è tanto frequente il ricordo nelle fonti:

Fr. Vat. 114. Paullus libro VIII responsorum. (Inter) virum et uxorem convenit, cum res et inter eas mancipia aestimata in dotem darentur, ut, divortio secuto, *utrum vellet mulier eligeret*, vel mancipia, vel aestimationem. manente matrimonio quaedam ex mancipiis pepererunt. quaesitum est, si mulier mancipia elegerisset, an partus quoque eius esse deberent? Paullus respondit, quoniam periculo mariti vixerunt mancipia, partus quoque ex iis matrimonii tempore perceptos apud virum remanere debere.

l. 11 D. *de fundo dot.* 23, 5. *Africanus libro octavo quaestionum* Quod si fundus in dotem aestimatus datus sit, *ut electio esset mulieris*, negavit alienari fundum posse: quod si arbitrio mariti sit, contra esse.

l. 1 C. *de fundo dot.* 5, 23. *Impp. Severus et Antoninus Didac.* Si aestimata praedia data essent in dotem et convenisset, *ut electio mulieri servetur*, nihilo minus lex Julia locum habet. est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur.

Questa clausola è quella appunto che si vede adoperata nel nostro papiro. La sposa avrà diritto alla scelta tra gli oggetti così come furono consegnati nel dì delle nozze e il loro identico valore: ἐγλογῆς αὐτῇ οὐσης ἤτοι τὰ ἱμάτια λαμβάνειν καὶ τὸ ἅπαν ἐνεχθὲν ἐπὶ τὸν γάμον ἢ τὴν ἴσην συνταίμην¹⁾. Se anche questa sia di origine romana - e a ritenerla tale potrebbe ragionevolmente indurre la circostanza che la madre della sposa, Giulia Tertia, forse oriunda romana, interviene al contratto da sola, *secondo la legge romana* - o piuttosto debbasi considerare come un caso di fortuita analogia dei due istituti di Roma e dell'Egitto greco-romano. io non discuterò. Ma quel che rimane fuori di dubbio si è, che la sua presenza esclude in modo assoluto il sospetto che qui possa non trattarsi di dote vera e propria: una liberalità non sarebbe stata certo fatta in tal guisa, accordandosi alla sposa un diritto di scelta, così caratteristico negli strumenti dotali.

Tra gli oggetti che Thaisarion reca in dote s'è visto come siavene alcuno che reca tracce di uso. Questa circostanza avrebbe do-

¹⁾ Identica è la clausola in CPR. I, 22, l. 23-24: ἐγλογῆς αὐτῇ οὐσης ἢ αὐτὰ λαμβάνειν καὶ τὸ ἅπαν ἐνεχθὲν ἐπὶ τὸν γάμον ἢ τὴν ἴσην συνταίμην[αι].

Codesta circostanza toglie ogni dubbio circa la reale esistenza degli oggetti e la natura dotale di essi ¹⁾. Tuttavia, in favore della ipotesi d'un dono nuziale, potrebbe obiettarsi che l'uso dell'oggetto risalga ad un tempo anteriore a quello del matrimonio: gli oggetti donati dallo sposo prima delle nozze, si sarebbero usati già dalla donna nel momento in cui il matrimonio si contrae e portati in dote già in parte consumati ²⁾.

Qui conviene però che la questione sia messa in termini rigorosamente esatti. E innanzi tutto che cosa s'intende per *dote fittizia*? Stando a quel che ne scrivono gli autori citati, essa sarebbe un dono che lo sposo fa alla donna nel momento stesso in cui il matrimonio si contrae, senza tuttavia consegnarglielo, ma confessandosene debitore di lei a titolo di dote. Gli oggetti che lo compongono, o la somma che li rappresenta, non vengon dunque a costituire quello speciale patrimonio che è diretto agli scopi del coniugio, ma sono una proprietà privata della donna, che essa riterrà ed userà per se sola. Dote fittizia è un dono nuziale assicurato alla sposa contrattualmente. Argomenti di tale interpretazione sono: l'analogia dei contratti demotici del basso Egitto, nei quali la dote è fondata su una consimile finzione; il carattere economico del matrimonio, pel quale si richiede che lo sposo contribuisca dal suo canto con una qualche prestazione, che è appunto il dono; la natura degli oggetti descritti come dotali, che essendo di esclusivo uso della donna non possono formare una dote. Prova di essa l'uso frequente delle *donationes ante nuptias in dotem redactae*, attestato dalle fonti romane.

Agli argomenti hanno risposto gli editori inglesi degli Oxy. in nota all'atto di divorzio Oxy. II, 266 ³⁾, tentando con congettura arguta di porre in accordo i documenti demotici coi papiri greco-egizi

¹⁾ Irrilevante è la osservazione del LAROCQUE, *Le don du fiancé à Rome et dans les provinces romaines avant Justinien*, Toulouse, 1898 p. 26 - anch'egli difensore della dote fittizia - che la menzione dell'uso è eccezionale; e del tutto inverosimile la sua spiegazione, che cioè gli oggetti usati provengono forse dalla famiglia dello sposo.

²⁾ Il dono poteva esser fatto anche molto tempo prima delle nozze e quindi trovarsi anche completamente distrutto al momento del matrimonio; cfr. LAROCQUE, op. cit., p. 278 sgg. Se esso fosse redatto per iscritto è ignoto, ma tuttavia probabile, quantunque, interpretati come credo io i papiri, niun documento ci sia finora pervenuto. Cfr. MITTEIS, *Reichsrecht*, p. 282, n. 3 e p. 293.

³⁾ Vol. II, p. 239 sgg.

e osservando come il secondo argomento, affatto aprioristico, non regga, perchè il marito contribuisce anzi in misura certo non lieve col provvedere la casa, il mantenimento e il vestito alla moglie, e come l'ultimo sarebbe, se mai, tutto in favore della spiegazione naturale che la dote venne realmente dal lato della moglie. Nè vale la nuova considerazione, aggiunta successivamente dal Mitteis¹⁾, che la dote si riduce in taluni casi ad un valore minimo, come nell'Oxy II, 267, in cui essa è rappresentata in tutto da 40 dramme d'argento, un paio d'orecchini ed una veste: onde anche per ciò essa avrebbe più i caratteri d'un dono.

Non si hanno ancor oggi matrimoni con costituzioni di dote che sono irrisorie, se si pensa allo scopo che l'apporto della donna dovrebbe avere nella nuova famiglia?

Ma non meno inadeguata io credo sia, a sostenere la natura fittizia della dote, la prova che dai testi giuridici ha creduto di trarre il Mitteis²⁾. V'ha, quanto meno, un equivoco nella interpretazione o nella applicazione dei testi, che merita d'esser dissipato.

Il testo fondamentale che da lui s'invoça è la:

l. 5 § 1 C. de sec. nuptis 5, 9 *Impp. Theodosius et Valentinianus Florentio pp.* Generaliter censemus, quoquo casu constitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus, morte mariti matrimonio dissoluto, quae de bonis mariti ad eam devoluta sunt servare sanxerunt, isdem casibus maritum quoque quae de bonis mulieris ad eum devoluta sunt morte mulieris matrimonio dissoluto communibus liberis servare, nec interesse, si alter pro marito donationem ante nuptias vel pro muliere dotem crediderit offerendam. § 1. Haec observari praecipimus, licet *res ante nuptias donatae, ut adsolet fieri, in dotem a muliere redigantur*³⁾.

L'uso della *retraditio donationis*, pel quale la sposa solea portare in dote, sia per accrescere la propria, sia per costituirsene alcuna quando non avesse cose proprie, la *donatio propter nuptias* ricevuta dallo sposo, sorse per tempo nel diritto imperiale romano⁴⁾. E i fr. che

¹⁾ *Archiv f. Pap.* I, p. 349.

²⁾ *Reichsrecht*, p. 281 e *Archiv f. Pap.* I, p. 348.

³⁾ Cfr. la *Nov. Theod.* II, 14 § 1-3.

⁴⁾ Contro il FRANCKE, *Ueber die propter nuptias donatio* in *Archiv für die civ. Praxis*, XXVI, 1843, p. 81 sgg., che ne attribui la introduzione alla legisla-

ne contengono l'applicazione, danno di ciò la prova. Nel *redigere in dotem* però son contenuti due possibili significati, rispondenti a due posizioni profondamente tra loro diverse. O infatti la sposa, dopo aver ricevuto la *donatio*, riporta le cose che la compongono nella casa coniugale, costituendosele in dote, sia per sua libera volontà, sia perchè a lei furono donate sotto questa condizione. Ovvero il marito dona alla moglie nell'atto stesso con cui la dote si costituisce, e questa donazione effettua aumentando la dote che la sposa gli apporta o costituendola integralmente con le cose ch'egli vuole donarle, mercè la fittizia dichiarazione d'averle da lei ricevute in dote. A questa duplice posizione corrisponde una duplice soluzione nelle fonti. Una costituzione di Severo ed Antonino, separando nettamente l'un caso dall'altro, riconosce la dote nel primo, la nega nel secondo, perchè gli oggetti donati avrebbero dovuto esser dati alla sposa e da questa costituiti in dote con la *retraditio donationis*¹⁾:

C. 1 de don. a. nuptias 5, 3. Impp. Severus et Antoninus Metrodoro. Multum interest, si ea, quae donat vir futurus, tradiderit uxori et postea in dotem acceperit, an vero donandi animo dotem auxerit, ut videatur accepisse, quod non accepit. priore enim casu donatio non impeditur, et res, quae in ea causa sunt, dotis effectae iudicio de dote peti possunt: posteriore autem nihil actum est donatione et, quod in dotem datum non est, non potest repeti.

I Basilici. XXVIII, 3, 1, rendono con qualche variante il testo, confermando la frequenza dell'uso:

Ἐάν ὁ ἀνὴρ μὴ ὑποδεξάμενος προίκα βούληται, τὸ ἐν τῇ συνηθείᾳ γινόμενον, προίκα ποιῆσαι τῇ ἰδίᾳ μνηστῇ μελλούσῃ αὐτῷ γαμεῖσθαι· σί

zione di Costantino, vedi MITTREIS, *Reichsrecht*, p. 297 e LAROCQUE, *Don du fiancé*, p. 290 agg., che dimostrano com'esso rimonti ad epoca anteriore.

¹⁾ Erronea è la spiegazione data da alcuni scrittori della nullità nel secondo caso, in quanto la *confessio* del marito avvenendo nel momento della costituzione della dote, verrebbe riferita al tempo del matrimonio, onde la donazione sarebbe tra coniugi (MEERMANN, *Thes.* VI, 673). V. *contra* specialmente il FABRO, *Con.* XIX, c. 1, il quale la combatte largamente e dimostra che la nullità deriva dalla mancanza di *traditio* e di *stipulatio* nella confessione del marito, la quale contiene un nudo *anctumus donandi*, e dalla mancanza della *numeratio* nella costituzione della dote.

μὲν δωρήσεται αὐτῇ πράγματα, καὶ μετὰ ταῦτα δέξεται αὐτὰ παρ' αὐτῆς εἰς προίκα· καὶ ἡ δωρεὰ τελεαία ἐστὶν ὥς πρὸ τοῦ γάμου γινομένη, καὶ ἡ προίξ συνίσταται, ὥς ἐπιδόσεως προσελθούσης ¹⁾. εἰάν τι γράψῃ μόνον, ὅτι ὑπεδέξατο προίκα, μὴδὲν ὑποδεξάμενος, οὐδεμία ἐστὶν αὐτῇ ἀπαιτήσις τῶν μὴ ἐπιδοθέντων αὐτῇ πραγμάτων. εἰ γὰρ γαμετῇ τις ἐχαρίσατο, καὶν παρέδωκε αὐτῇ τὰ δωρηθέντα, εἰ μὴ ἐμπείνῃ τῇ αὐτῇ βουλῇσιν μέχρι τέλους ζωῆς αὐτοῦ, ἐκ μεταμελείας ἀνατρέπεται ἡ δωρεὰ.

E lo scoliaste alle parole οὐδεμία πραγμάτων annota:

‘ Τὸ γὰρ εἰπεῖν, ὅτι ἔλαβες, οὐκ ἐστὶν εἶδος δωρεᾶς, ἀλλὰ μᾶλλον ψευδὴς ἐστὶν ὁμολογία, ἐπὶ τοῖς μὴ δοθεῖσιν ἔνοχον μὴ ποιῶσα τὸν ἄνδρα. μὴ θεματίσῃς δὲ ἐπερώτησιν γενομένην δονάνδι ἀνιμο· ἐπεὶ ἔνοχος γίνεσθαι ἀπὸ τῆς ἐπερωτήσεως. ’

Non costituisce dunque donazione la dichiarazione d'aver ricevuto, ma è piuttosto una *falsa confessio* che non obbliga il marito, per cose che non furon date. A meno che, si aggiunge, non si tratti di *stipulatio* fatta *animo donandi*.

Ora, da questi testi risulta certo confermato l'uso di donazioni *propter nuptias* compiute mediante dichiarazione d'accettazione d'una dote, che non esistè mai: la comminatoria di nullità contenuta nella c. 1 dovè esser provocata appunto da una consuetudine, cui gl'imperatori romani non vollero riconoscere validità. E l'uso è pur probabile che dal territorio provinciale si fosse esteso a Roma. Se non che, data la esistenza di esso, è per ciò stesso assodato che negli esempi di *donatio in dotem redacta* abbiasi a riscontrare quella *falsa confessio*, quella dote fittizia, di cui si sostiene la esistenza nei papiri?

Non certo ad essa può pensarsi nella:

1. 12 pr. D. de publ. in rem act. 6, 2. Paulus libro nono decimo ad edictum. Cum sponsus sponsae servum donasset eumque in dotem accepisset ante usucapionem, rescriptum est a divo Pio divortio facto restituendum esse servum: nam valuisse donationem inter sponsum et sponsam.

¹⁾ Da questa frase congettura il Leunclavio (Otto. *Thes.* III, 1545), che forse i Greci abbiano avuto innanzi un testo in cui leggevasi *nilhil auctum est donatione*.

E ancor meno nella l. 59 D. *de don. int. v. et ux.* 24, 1, in cui la *donatio* è fatta dallo sposo con l'obbligo espresso che le cose donate siano da lei portate in dote, non consentendo le parole del fr. il sospetto d'una finzione:

Paulus libro secundo sententiarum. Si quis uxori ea condizione donavit, *ut quod donavit in dotem accipiat, defuncto eo donatio convalescit.*

Nè lo consentono le espressioni della:

c. 14 *de don. a. nuptias* 5, 3. *Impp. Diocletianus et Maximianus Aureliae.* Si consentiente matre sua sponsus filiae tuae mancipia donavit *et his acceptis in dotem non aestimatis in matrimonio post decessit, mater eademque heres eius pretium offerens restitutionem eorum improbe recusat.*

I casi prospettati in codesti fr. presuppongono tutti che la *donatio* sia stata realmente fatta alla sposa e rispondono tutti - secondo ogni apparenza - a quella prima forma di *donatio in dotem redacta*, che si compie con la *retraditio donationis* e a cui gl'imperatori Severo e Antonino accordavano la protezione della legge.

Volendo adunque seguire il Mitteis nella sua congettura, potrebbesi nei papiri greco-egizi pensar tutt'al più ad una tal forma di *donatio* e ammettere, che gli oggetti recati in dote dalla sposa provenzino in tutto o in parte da donazioni nuziali, sia pur fatte sotto la condizione che il loro ammontare si costituisca da lei in dote. Ma non è possibile pensare a donazione non avvenuta, a *retrodatio* fittizia, a dote costituita di oggetti che non hanno mai esistito e che non furon mai nè dallo sposo donati alla sposa, nè dalla moglie consegnati al marito. La minuta descrizione di essi, le tracce di uso che alcuni recano, ne accertano la esistenza materiale ed escludono nel modo più assoluto tutte quelle finzioni.

Con ciò non vuolsi negar la esistenza d'una consuetudine, che la legge romana, combattendola, dimostra esser sovente praticata. Si deve soltanto riconoscere che niuno dei contratti matrimoniali fin qui venuti in luce può interpretarsi in tal senso.

Se così è, la dote che Thaisarion si costituisce nelle sue nozze, è dote vera e reale. Provenga pure da una donazione di Isidoro, fatta

alcun tempo innanzi al matrimonio - e normalmente la *donatio faceretur* contemporaneamente - quella di Thaisarion non è al certo che dote: dotale è dunque il regime che governerà la unione degli sposi, come dotale è quello di tutti gli altri atti matrimoniali dei nostri papiri greco-egizi, che a quello d'Isidoro sostanzialmente si ricollegano e di esso presentano, qual più qual meno, i caratteri.

Φ

Quella prova, che abbiamo veduto mancare, si è voluta trovare invece in un documento, dal quale parve essa scaturisse limpida e manifesta. Il documento è il pap. Oxy. II, 267, datato dall'a. 36 d. C.

Τρύφων Διονυσίου Πέρσης τῆς ἐπ[ι]γονῆς Σαρασῦτι Ἀπίωνος
μετὰ κυρίου Ὀννώφριος τοῦ Ἀντιπάτρου χαίρειν. ὁμολογῶ ἔχειν
παρὰ σοῦ ἐπὶ τοῦ πρὸς Ὁξυρύγχων πόλει Σαραπιείου διὰ τῆς
Σαραπίωνος τοῦ Κλεάνδρου τραπέζης ἀργυρίου Σεβαστοῦ
καὶ Πτολεμαικοῦ νομίσματος δραχμὰς τεσσαράκοντα καὶ
τιμῆς ἐνωτίων χρυσῶν ζεύγους ἐνὸς ἀργυρίου δραχμὰς
εἴκοσι καὶ χιτῶνος γαλακτίνου ἀργυρίου δραχμὰς δέκα δύο,
ὥστ' εἶναι ἐπὶ τὸ αὐτὸ ἀργυρίου δραχμὰς ἐβδομήκοντα δύο
κεφαλαίου αἷς οὐδὲν τῷ καθόλου προσῆκται, ὑπὲρ ὧν καὶ
συνέπεισμαι. τὰς δὲ τοῦ ἀργυρίου δραχμὰς ἐβδομήκον-
τα δύο ἀποδώσω σοι τῇ τριακάδι τοῦ Φαῶφι τοῦ ἰσιόντος
δευτέρου ἔτους Γαίου Καίσαρος Γερμανικοῦ Νέου Σεβαστοῦ
Αὐτοκράτορος, χωρὶς πάσης υπερθέσεως. ἐάν δὲ μὴ ἀποδῶ
καθὰ γέγραπται ἐκταίσω σοι τὸ προκείμενον κεφάλαιον
μεθ' ἡμιολίας, τῇ[ς] πράξεως σοι οὐσης ἐκ τε ἐμοῦ καὶ ἐκ τῶν
ὑπαρχόντων μοι πάντων καθάπερ ἐγὼ δέικης. ἐάν δὲ
ἀπαλλαγῶμεν ἀπ' ἀλλήλων ἐξέσται σοι ἔχειν τὸ τῶν ἐνω-
τίων ζεύγος ἐν τῇ ἴσῃ διατιμ[ή]σει. ἐπεὶ δὲ σύνεσμεν
ἀλλήλοις ἀγράφω[ς] προσομολογῶμεν ἐάν ὡσαύτως ἐκ διαφορᾶς
ἀπ[α]λλαγῶμεν ἀπ' ἀλλήλ[ων] ἐνικού σ[ο]ῦ οὐση[ς] ὥς ἂν σοι
[.....]απαλ[.]ου
[κυρία ἡ ἀπο]χῇ [πανταχῇ ἐπιφερομένη καὶ] παντὶ [τῷ ἐπιφέροντι.
[ἔτους α Γαίου Κα]ίσαρος Γερμ[ανικοῦ Νέου] Σεβαστο[ῦ Αὐτοκρ]άτορος,

Παχών κ^ς Σεβαστή.

(2^a m.) [Τρύφων]ν Διονυσίου ἔχω τὰς τοῦ ἀργυρίου δραχμὰς ἐβδομήκοντα δύο [κεφαλαίω]ν καὶ ἀποδώσω καθότι πρόκειται. Λέων· [...]ερωτος γέγραφα ὑπὲρ αὐτοῦ διὰ μὴ εἰδέναι αὐτὸν γράμματ[α]. (ἔτους) α Γαί[ο]υ Καίσαρος Γερμαν[ι]κοῦ Νέου Σεβαστοῦ Αὐτοκράτορος,

Παχών κ^ς Σεβαστή.

(3^a m.) Ὀνωφρις Ἀντιπάρχου ἐπιγέγραμμαι τῆς Σεραήτος κύριος. Θέων Πατήσιος γέγραφα ὑπὲρ αὐτοῦ μὴ ἰδὸτος γράμματα. (ἔτους) α Γαίου Καίσαρος Γερμανικοῦ Νέου Σεβαστοῦ Αὐτοκράτορος, Παχών κ^ς Σεβαστή.

(4^a m.) ἔτους πρώτου Γαίου Καίσαρος Γερμανικοῦ Νέου Σεβαστοῦ Αὐτοκράτορος,

Παχών Σεβαστή. διὰ τῆς Σαραπίωνος τ[ο]ῦ Κλεάνδρου τραπέζης γέγονεν ἡ διαγραφὴ. (5^a m.) Σεραήης Ἀπίων(ος) ἀπέχω τὸ προκείμενον κεφάλειον κεφαλαίου καὶ οὐδὲν) εε (l. ἐγκαλῶ) Δίδυμος Βοηθοῦ ἔγραψεν ὑπὲρ ἀδευς (l. αὐτῆς) μου (l. μὴ) εἰδ(υίας) γρά(μματα) καὶ ἐπῆρε (l. ἐπιγέγραμμαι) αὐτῆς [ρ]α[... (ἔτους) γ Τιβερίου Γλαυτίου (l. Τιβερίου Κλαυδίου) Καίσαρος Σεβαστ[ο]ῦ Γερμανικοῦ Αὐτοκράτορος, Παισίνι is.

Conviene non dissimularsi che la interpretazione di codesto documento presenta non poche e non lievi difficoltà. Delle quali, se alcune, con la congettura del Mitteis, scompaiono, altre e non tra le minori rimangono, anzi si rendono più gravi e insormontabili.

L'atto, compiuto fra Tryphon, persiano, e Saraeus, assistita dal κύριος Onnophris, è una dichiarazione del primo d'aver ricevuto dall'altra, per mezzo della banca di Serapion, la somma di 40 dramme d'argento, più 20 dramme rappresentate da un paio d'orecchini d'oro e 12 dramme rappresentate da una tunica color di latte; in tutto, 72 dramme di capitale così convenute, alle quali null'altro è stato aggiunto.

Questo capitale Tryphon promette di restituire a Saraeus il 30 di Phaophi, ossia circa cinque mesi dopo (la dichiarazione è fatta il 22 di maggio, la restituzione promessa pel 27 di ottobre dello stesso anno), senz'alcun ritardo: non eseguita la restituzione, egli dovrà sborsare lo stesso capitale accresciuto della metà, spettando a Saraeus l'azione esecutiva tanto sulla persona quanto sui beni di lui. Quindi aggiunge:

‘Se ci separeremo, tu sarai in diritto d’avere il paio d’orecchini dello stesso valore. E poichè noi siamo insieme ἀγάφως, dichiaro inoltre, che similmente se per divergenza insorta avremo a separarci, essendo tu incinta, sino a che tu...’ Qui l’atto s’interrompe, per riprendere subito nella linea seguente con la dichiarazione che la quietanza è valida dovunque ed a chiunque sia prodotta. Firmano l’atto Tryphon e il κόρυς di Saraeus, segue l’annotamento che la διαγραφή è stata fatta dalla banca di Serapion; e finalmente con la data del 9 giugno 43, sette anni più tardi, è inserita questa dichiarazione della donna: ‘Saraeus, figlia di Apion, ho ricevuto il suddetto capitale e null’altro ho a ripetere’. Tutta la parte anteriore apparisce annullata con linee in croce tiratevi su nel momento in cui Saraeus emetteva la sua contro-quietanza.

Ognun vede a prima giunta - e gli editori inglesi lo hanno notato - come questo atto sia diverso dagli ordinari contratti di matrimonio. Mancano qui infatti tutte, o quasi, le solite clausole che costantemente si ripetono negli altri documenti: onde, non un contratto di matrimonio si deve in esso ravvisare, ma piuttosto una semplice quietanza di Tryphon. Ἀποχή è detta infatti anche dalle parti.

Ma di che cosa è esso mai la quietanza?

Le spiegazioni che fin qui se ne son date, sono in diretta opposizione tra loro, ma ambedue inadeguate a sciogliere tutti i dubbi, che superati in parte con l’una, risorgono con l’altra.

Pel Mitteis ¹⁾ il papiro contiene nè più nè meno che un caso di dote fittizia, adombrante una *donatio ante nuptias* di Tryphon a Saraeus. Dote l’apporto di questa non può essere: che dote sarebbe mai quella, che è composta di appena 40 dramme d’argento, di un paio d’orecchini e di una sola veste? La natura e la entità degli oggetti si adattano invece singolarmente ad una *donatio ante nuptias*, e null’altro che questa essa può essere, anche per le seguenti considerazioni.

Innanzitutto non è dote l’apporto della donna, di cui si promette la restituzione incondizionata entro il termine di cinque mesi. La dote, in quanto destinata agli oneri matrimoniali, deve rimaner presso il marito, o quanto meno conservar la sua speciale destinazione, senza della quale essa perderebbe ogni sua funzione e persino la sua ragion d’essere.

¹⁾ *Archiv f. Pap.* I, p. 348 sgg.

L'atto inoltre prevede il caso che gli sposi si separino, e in tale ipotesi si stabilisce che la donna riprenda gli orecchini d'oro. Perchè questi soltanto? La spiegazione, si risponde, è semplice: Tryphon confessandosi debitore di cose non ricevute, dona a Saraeus le 40 dramme d'argento, gli orecchini e la veste, e poichè l'attuale condizione finanziaria non gli consente di acquistarli subito, s'impegna a consegnarli entro il termine di cinque mesi: in ogni caso però, qualora essi si separino prima, egli le dovrà *prima pro nocte* gli orecchini. E la conferma di tutto ciò si avrebbe nell'annotamento di Saraeus, scritto sullo stesso atto 7 anni dopo. Il povero Tryphon, oppresso forse dalle spese che il nuovo stato gli imponeva, potè solo dopo 7 anni mantenere la sua promessa e risparmiare le 72 dramme per donarle alla moglie dopo aver acquistato i gioielli e la veste. La *donatio ante nuptias* fu dunque promessa nel 36, eseguita nel 43.

Contro tale ipotesi insorgono però più difficoltà. Prescindiamo dall'entità dell'apporto coniugale che, come si è detto, non può esser d'ostacolo alla esistenza di una dote. Già quell'intervento della banca, dal quale abbiám veduto dover restare escluso il sospetto che gli oggetti non esistessero realmente, esclude anche che gli oggetti e il danaro appartenessero a Tryphon: perocchè, se di essi è detto nell'atto che appartengono a Saraeus e che vengono da lei dati a Tryphon, non è lecito pensare che essi fossero invece di Tryphon: gli oggetti e il danaro, nel momento in cui il documento è redatto, risultano di proprietà della donna.

Bisognerebbe quindi ammettere, se gli oggetti provengono da Tryphon, che questi li avesse precedentemente donati a Saraeus: e tutto ciò non avrebbe più alcuna influenza sulla ipotesi formulata dal Mitteis. Si avrebbe cioè una *donatio ante nuptias* fatta sotto condizione che il suo ammontare sia recato in dote dalla sposa: e se così fosse, le 72 dramme che il 22 maggio 36 Tryphon dichiara d'aver ricevuto dalla moglie, sono una vera e propria dote, tuttochè provenienti da un dono nuziale. Il piccolo peculio diventa dotale e come tale deve essere destinato agli scopi familiari, cui la dote è diretta.

Non rimane dunque che pensare all'altro dei due casi contemplati nella costituzione di Severo ed Antonino, quello cioè di una confessione di debito del marito per cose non mai ricevute. Ma neppur questo può ammettersi: gli oggetti esistono, o quanto meno esiste

l'ammontare totale delle 72 dramme; laonde non può pensarsi che il marito abbia voluto donarle alla moglie, accrescendo il proprio debito per la dote da lei apportata o meglio costituendosi debitore a questo titolo integralmente di essa.

E tuttavia concediamo che le 72 dramme sieno una *donatio ante nuptias in dotem redacta*. Se la donazione compievasi mediante una finzione, bastava la falsa quietanza a costituir la donna donataria e a farle acquistare la liberalità. Perchè mai dunque la contro-dichiarazione dello sposo? Si dirà che con essa miravasi a stabilire il termine nel quale le cose e il danaro, così donati, sarebbero stati consegnati a Saraeus. E qui si noti che la *donatio* così effettuata non doveva, naturalmente, aver pratico effetto che nel dì dello scioglimento del matrimonio, perchè dato sotto tal forma il dono seguiva della dote le norme. Ora è egli possibile che la finzione fosse svelata nel momento stesso in cui si compieva? E quale sarebbe stata poi la ragione determinante di una tale finzione?

I precedenti studi di altri scrittori hanno messo in sodo che il matrimonio con *φερνή* si stacca in modo notevole da quello in cui la *φερνή* manca; e hanno accertato anche che l'*ἔγγραφος γάμος* è delle due forme di matrimonio - scritto e non scritto - la più perfetta. Io tenterò di dimostrare più oltre che codeste categorie coincidono perfettamente, che il matrimonio *ἔγγραφος* è quella con la *φερνή*, l'*ἄγγραφος* senza, e che la maggior perfezione del primo, coi vantaggi e i privilegi che ne derivano, dipendono appunto dalla presenza della dote. Di qui - forse - l'uso della *donatio a. n. in dotem redacta*, che mirava appunto a costituire una dote alla sposa che non ne avesse. Se dunque il motivo della finzione è il voler far apparire una dote che non esiste, in quanto questa rende possibile la forma più perfetta di matrimonio, non si raggiungeva certo lo scopo se la finzione si svelava nell'atto stesso che doveva contenerla.

Queste contraddizioni scompaiono, se si segua quella che agli editori inglesi sembra la interpretazione naturale del documento. A loro avviso il papiro, pur non essendo un contratto di matrimonio vero e proprio, deve considerarsi come uno speciale regolamento della dote.

Constatando col sussidio di altri documenti come i due sposi vissero insieme per un periodo di almeno 23 anni (perchè, ritenuto il

matrimonio contratto nell'a. 36, dei due sposi si hanno ricordi ancora nell'a. 39), essi pensano che quel contratto fosse inteso soltanto a fermare un provvisorio assettamento, che doveva più tardi essere reso definitivo. S'è già accennato in che cosa consista il cosiddetto 'anno di prova', precedente l'*ἄρραφος γάμος*. Ad un tal periodo di esperimento credono gli editori di riferire il nostro documento. Data tale interpretazione, la spiegazione della clausola, con cui Tryphon promette la restituzione della dote entro 5 mesi, si presenta per essi del tutto congetturale. Attribuendo la ritardata esecuzione della obbligazione ad un ipotetico diritto di scelta a favore di Saraeus, la quale non esercitandolo fino all'a. 43, avrebbe così prodotto il ritardo nell'adempimento della obbligazione, essi pensano che codesta restituzione della dote avvenne forse per una temporanea rottura dei rapporti tra i coniugi, ovvero in occasione di un nuovo contratto che mise le loro relazioni su una base diversa. Se con ciò gli editori alludano alla trasformazione del matrimonio da *ἄρραφος* in *ἑγγραφος*, non s'intende. Ma egli è certo che nè l'una nè l'altra congettura - le sole del resto possibili se si parta dal presupposto della dote - reggono ad un esame coscienzioso e sereno del documento.

Il punto in cui la interpretazione degli editori si mostra debole e fallace è anche qui quello relativo alla obbligazione, che Tryphon assume, di restituire entro 5 mesi le 72 dramme ricevute da Saraeus. Sia che si pensi ad una momentanea rottura dei rapporti coniugali, la quale desse causa alla restituzione della dote, sia che si pensi ad una trasformazione della base su cui il matrimonio è costituito, quale ragione fornire della clausola suddetta? Una risposta soddisfacente non può in alcun modo esser data: perchè, se si spiega e si trova anzi naturale la dichiarazione posteriore di Saraeus posta a pie' dell'atto, come quella che, accertando l'avvenuta restituzione in occasione di uno di quei due avvenimenti, aveva lo scopo di annullare il documento firmato sette anni innanzi, nessuno saprebbe giustificare la presenza della clausola nel contratto stesso. Avevano gli sposi forse preveduto che il loro matrimonio si sarebbe, dopo cinque mesi, disciolto o ricostituito su altra base?

A voler ammettere che l'atto sia un regolamento dotale, sarebbe, ove mai, da pensarsi piuttosto ad uno di quei casi in cui, *constante matrimonio*, la dote poteva o doveva essere restituita. Il diritto ro-

mano, pur insegnando il principio che la dote deve durante il matrimonio rimaner presso il marito¹⁾, ammetteva che per certune *causas legibus cognitae*²⁾ la dote si restituisse alla donna prima e indipendentemente dallo scioglimento del matrimonio. Potevano costituire motivo di tale intempestiva restituzione il bisogno nella donna dell'alimentazione per sè e per i suoi, l'acquisto di un fondo, il desiderio di redimere dai nemici uno stretto congiunto³⁾ e così via. Nè sarebbero da escludere anche altri motivi, sconosciuti forse al diritto romano, ma ammessi dal diritto provinciale. Qualcuno di quegli stessi or ora accennati poteva del resto esser già 5 mesi innanzi preveduto e aver provocato quella speciale pattuizione.

Senonchè - e in ciò soltanto la interpretazione del Mitteis si accorda con la mia - di dote il papiro non tratta in alcun modo. Mentre infatti tutti gli altri documenti che son veramente dotali, designano sempre l'apporto della donna col termine - tecnico - di *περνή*, questo nel nostro non comparisce mai, nè nella prima dichiarazione di quietanza, nè nella clausola d'obbligazione, nè nella sottoscrizione, nè finalmente nella nota posteriore di *Saraeus*. La omissione non è dunque casuale.

Gli editori, partendo dal presupposto che le 72 dramme sieno dote, hanno anche nella frase *ὅτι καὶ συντέλειαν* voluto trovar la conferma di ciò, interpretandola così: 'in considerazione delle quali (72 dramme) io ho consentito (al matrimonio)'. Nel che potrebbe vedersi espresso quel carattere strettamente economico, che il matrimonio ha in Egitto. Onde anche da ciò han tratto argomento contro

¹⁾ L. 1 *D. de iure dot.* 23, 3 « Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit ».

²⁾ L. 27 § 1 *D. de relig.* 11, 7 « Maritus funeraria non convenietur, si mulieri in matrimonio dotem solverit, ut Marcellus scribit: quae sententia vera est: in is tamen casibus, in quibus hoc ei facere legibus permissum est ».

³⁾ L. 73 § 1 *D. de iure dot.* 23, 3 « Manente matrimonio non perditurae uxori ob has causas dos reddi potest: ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum fratrem sororemve sustineat ». V. anche l. 20 e 24 *pr. D. soluto matr.* 24, 3. Cfr. FRANCKE, *Ueber Rücksähtung der Dos während der Ehe nebst Bemerkungen über Schenkungen unter Ehegatten* in *Archiv für d. civ. Praxis* XVII, 1834, p. 458-472, XVIII, 1835, p. 1-36. Sulla *actio divortii* mediante la quale poteva far luogo alla restituzione *constante matrimonio*, v. la c. 30 § 2 in fine *de iure dot.* 5, 12.

un riferimento del testo alla dote fittizia, sembrando loro molto improbabile che una tal frase si usasse se la dote era fittizia. Ed essi avrebbero ragione; ma la verità è che la frase non contiene il significato attribuitole: essa dice soltanto che delle 72 dramme Tryphon ha convenuto con Saraeus.

Occorre dunque pensare a tutt'altro rapporto tra i contraenti, che pur essendo in una qualche relazione con la loro condizione di coniugi, non trova in essa nè la causa, nè il motivo determinante della prestazione. Ed è inoltre necessario stare alle parole dell'atto ed accettare che la prestazione viene realmente, per le considerazioni fatte più sopra, da Saraeus.

Ora l'atto contiene, a mio avviso, nient'altro che un prestito fatto dalla moglie al marito. Saraeus, la quale aveva poche cose sue, ma di danaro non quanto faceva bisogno al marito, presta a Tryphon le 40 dramme d'argento, un paio d'orecchini del valore di 20 dramme e una tunica del valore di 12 dramme, il tutto depositato presso la banca di Serapion, con l'obbligo nel marito di restituire entro 5 mesi. E qual uso, si dirà, avrebbe potuto far Tryphon degli oggetti femminili? La spiegazione è data implicitamente dallo stesso documento: allo spirare del termine egli deve restituirle le 72 dramme, non le 40, la veste e gli orecchini. Questi e quella egli era dunque, tacitamente, autorizzato a vendere per trarne danaro. Stipulazione d'interessi non si fa: si fissa invece la pena dell'*hemiolion*, se la somma non sarà restituita nel termine. E forse il nostro Tryphon, che come tutti i debitori non mantenne l'impegno, e fece trascorrere ben sette anni prima di adempiere alla sua obbligazione, lo pagò anche, se nella dichiarazione posteriore di Saraeus ἀπέχω τὸ προκειμενον κεφάλαιον si voglia trovare un riserimento al 'προκειμενον κεφάλαιον καθ' ἡμιολίας' della clausola stipulata da Tryphon. Più probabile è peraltro che la moglie siasi limitata a riscuotere le 72 dramme soltanto, rinunciando alla pena dell'*hemiolion*, così come aveva rinunciato certamente all'esercizio dell'azione esecutiva sul marito e sui suoi beni, se solo dopo 7 anni essa riceveva il suo capitale. Nella sua stessa dichiarazione d'altronde è confermato quanto dicevo innanzi, aver essa autorizzato la vendita degli oggetti. Saraeus accusa ricevuta non del danaro e degli oggetti, ma del 'capitale suddetto' ossia delle 72 dramme semplici o accresciute della metà.

Senonchè i coniugi prevedono il caso che prima dello spirare del termine essi abbiano a separarsi. Che avverrà allora delle cose e del danaro di Saraeus?

Le ipotesi che si fanno sono due. La prima, più semplice, contempla il caso della separazione senza che vi sieno figli. In questo caso Tryphon è tenuto a restituirle i soli orecchini, e, si noti, un paio di orecchini della stessa stima. Il che significa ch'egli potrà renderle anche la *aestimatio*, se non li avrà più, e che quanto al danaro e alla tunica, il loro ammontare sarà perduto da Saraeus. Siffatta spiegazione implica il concetto di una pena inflitta alla moglie in caso di divorzio. Del che tratteremo in seguito. Si avverta però subito che, poichè nell'*ἀπαλλαγόμεν* non può supporre il caso di divorzio per colpa della moglie, la perdita che essa subisce avrà forse la sua causa nel dissesto che il marito risentirà, ma fors'anche in ciò che le 72 dramme sien servite a provvedere a debiti o ad altri bisogni provocati in tutto o in parte dalla moglie.

La seconda ipotesi è più complicata e, a causa della lacuna, impossibile a chiarirsi del tutto. Quel che si rileva, tuttavia, si è che con essa si contempla il caso, che il divorzio avvenga per discordie e che nel momento della separazione la moglie sia incinta. Tryphon in considerazione di ciò, nonchè dell'essere il loro matrimonio *ἄγραφος*, s'impegna a qualche cosa di più (*προσολογῶ*) e probabilmente a restituirle subito tutto il resto ¹⁾.

¹⁾ Il RÉVILLOUT, *Précis* II, p. 1141, accettando la natura matrimoniale dell'atto e riconducenolo ai contratti demotici, supplisce la lacuna: « fino a che non avrai partorito, ti darò tanto per mese in danaro o in natura ». — Una legge tolemaica infatti (P. Fay. 22), contemplando il caso della *ἀποπομπή* esercitata dal marito contro la moglie incinta, poneva a carico di lui l'onere della alimentazione della donna fino alla nascita del figlio. Il passo relativo (l. 20 sgg.) suona:

... .. [ἐπὶ δὲ]
 κυρούσης ἀποπομπῇ ἐὰν κ[...]
 ὁ ἀνὴρ ἀποπέμπτῃ περιμειν[...]
 κατὰ τὰ γενόμενα τρεψέτω[... τὴν γυναικα τὰ ἐπιτέδεια παρέχω[...]
 τῇ μητρὶ παρέχειν ἀναλίσκω[... τὸ παιδίον ἐπιδὲν γίνηται ἄπερ τι[...]
 ταιδίῳ παρέχειν τὰ ἐ[πι]τέδεια τῇ μητρὶ. [...]
 ὥς ἐὰν τὸ παιδίον κυμή[σ]ηται
 ὅτε ἐὰν βούληται τῇ δὲ γυναι[ξ]ι....

Non è escluso tuttavia che ad una siffatta provvisione si riferisca il passo del nostro papiro, prendendosi occasione dal prestito fatto tra i coniugi.



I beni che la donna non si costituiva in dote rimanevano da quella nettamente separati, a formare i cosiddetti *parapherna*. E poichè la dote, almeno nel contratto matrimoniale più perfetto, non mancava mai, la sposa aveva cura, ogni qualvolta altri beni le restavano, di descriverli nello stesso contratto di dote. Il contenuto di questi costituisce per solito un accrescimento del corredo: e quando è tale, i nostri documenti attestano sempre la consegna che di medesimi la donna fa allo sposo. Ma la consegna qui ha natura diversa da quel che avviene per la dote, perocchè essa è fatta soltanto a titolo di custodia, in quanto gli oggetti introdotti nella casa coniugale vi rimangono sotto la responsabilità personale del marito, che è tenuto a restituirli subito in ogni caso, sia che la separazione venga provocata dalla moglie, sia che venga provocata dal marito (CPR. I, 27, l. 28). Sanzione di codesta responsabilità è quella stessa clausola esecutiva *καθάπερ ἐκ δίκης*, che si accorda alla donna per la restituzione della dote.

Ora codesta presenza dei *parapherna* nei contratti di matrimonio è un'altra prova che distrugge la ipotesi della dote fittizia. Paraferni si son visti nel CPR. I, 27 più su riprodotto. E se si obietta che in questo contratto la esistenza d'una dote vera e reale non è negata, se ne potrà addurne un altro, CPR. I, 28, nel quale il Wessely trovava al tempo della sua pubblicazione la prova luminosa del carattere fittizio del contratto matrimoniale ¹⁾. La parte conservata del papiro è appena il principio, ma essa basta a farci intendere come qui si trattasse di due sposi egiziani, i quali, nel momento in cui stipulavano (a. 110 d. C.) avevan già vissuto a lungo insieme, tanto da aver già quattro figli. Trattavasi, come si accerterà meglio in seguito, di un *ἀγαφός γάμος* che con quell'atto le parti miravano a trasformare in *ἐγγαφός*: e l'atto stesso apparteneva alla categoria delle *συγ-*

¹⁾ *Corpus Pap. Ratn.* I, p. 143; similmente in *Verhältnisse des gr. u. äg. R.* p. 55

γραφοδιαθήκαι, contenendo appunto disposizioni testamentarie a favore dei figli :

[Ἀντίγραφον συγγραφοδιαθήκης ¹⁾ ἔτους τρι[ς]καιδεκάτου Αὐτοκράτορος Καίσαρος Νέρουα Τ[ρα]ϊανοῦ Σε[βαστοῦ Γερμανικοῦ Δακικοῦ μηνός] γερμανικείου ἐνάτη [ἐν Πτολεμαίδι Εὐεργέτιδι

[τοῦ Ἀρσιν]οῦτου νομοῦ ὁμολογεῖ Ἀπολλώνιος Πεπίριος τοῦ Κάστορος Π[έρ]ο[υ]ς τῆς ἐπι[γονῆς] ὥς] L[.....] τῇ ἀδελφῇ ἑαυ[τοῦ] ἐτι [δὲ καὶ] γυναικὶ Ταπε[ῦτι] ὥς ἐτῶν

.... ὅκτι[ώ] [μ]ετὰ κυρίου τοῦ τοῦ τετελευτηκότος αὐτῆς ὁμοπατρίου καὶ ὁμομητρίου ἀδελφοῦ Πετες[.....] οὐλ[ῇ] δακτύλῳ μικρῷ χιρὸς [.....] ἔχειν...

... διὰ χειρ[ὸς] ἐξ οἴκου ἀργυρίου ἐπι[σῆ]μου νομίματος δραχμὰς ἑκατ[ὸ]ν χωρὶς παραφέρων ἐν χρ[υ]σῷ ἐπι[σῆ]μῳ [.....] συμβι[ού]τωσαν οὖν οἱ γεγα[μνη]ότες

....] τέκνα τέσσαρα [Π]επίρις [καὶ Ὀρ]σενούφι[ς] καὶ Θεῖος καὶ Ταορσεν[ού]φις ἀμεμφιμοιρήτω[ς] το[ῦ] Ἀ[π]ολλωνίου[ν] χ[ω]ρ[η]γοῦ[ν]τος αὐτῇ τὰ δέοντα πάντα[...]

... κατὰ δύνανμιν τοῦ βίου εἰδ[...], ὑτ[η] ἀμ[ε]μ[π]τον καὶ ἀκατηγόρητον ἑαυτὴν παρεχέσθω ἐν τ[ῇ] κατὰ τὸ[ν] β[ίον].... διαφορὰς αὐτοῖς γεινομένη[ς] παραχρῆ[μα] τὴν φερνήν καὶ τὰ παρὰ[φερ]να οἷα ἐὰν ἐγβῇ ἐκ τῆς τρέφουσ γεινομένης αὐτῇ τῆς πράξεως ἐκ τε αὐ[τοῦ] τοῦ Ἀπολλωνίου καὶ ἐκ] τῶν ὑπαρχόντων αὐτ[ῇ]

....] ἐπὶ χώρας ἀπερίλυτος εα[.....] μὴ συνχωροῦσι ἀμφοτέροι μετὰ τὴν ἑκατέρου τελευτὴν εἶναι τῶν προγεγ[ραμμένων]... ..] ἀλλήλων τέκνων τ[...]

....] τῶν προγεγραμμένων υἱῶν δύο Πεπίριος καὶ Ὀρσενούφις κοινῶς ἐξ ἰσοῦ ἀπὸ τῶν ὑπαρχ[ό]ντων [α]ὐτ[ῇ] [ἐν τῇ προγεγραμμένῃ κώμῃ

L' influenza del diritto egiziano qui si mostra ben chiara nello scopo che l'atto si ripropone, quello cioè di legittimare i figli già nati. Ma donde si desume che la dote recata da Tapeutis sia fittizia? Nessun indizio se n'ha; e se per contrario si considera, che accanto ai beni dotali lo sposo menziona pure i parafernali, anche il dubbio per una ipotetica induzione dev'essere definitivamente scartato. Posto infatti che la falsa confessione del marito non avesse altro scopo all'infuori

¹⁾ Il Wessely aveva supplito [ἀντίγραφον συγγραφῆς γαμικῆς, ma deve seguirsi la correzione introdotta nel testo e suggerita dal WILCKEN, *Archiv f. Pap.* I, p. 491, n. 1.

di quello d'una *donatio*, è più che legittimo il chiedersi qual bisogno avessero le parti di far menzione anche dei beni parafernali.

La dichiarazione di debito da parte di Apollonio esauriva tutto lo scopo, che alla prima parte dell'atto era assegnato.

Qual differenza passa tra la dote e i *parapherna* del CPR. I, 27 e la dote e i *parapherna* di questo?

E quale ancora di fronte ad un altro contratto matrimoniale del 14 agosto 230 d. C., il CPR. I, 21, invocato anch'esso siccome esempio di dote fittizia? Anche di questo non è, purtroppo, conservato che il principio e in condizioni frammentarie anche peggiori. Tuttavia quel po' che se ne può leggere è sufficiente a provare la natura dotale del contratto:

Ἔτους ἐνάτου Αὐτοκράτορος Καί[σαρος Μάρκου Αὐρηλίου Σεουήρου
Ἀλεξάνδρου Εὐσεβοῦς Εὐ[τυχοῦς Σεβαστοῦ μηνὸς καισαρίου]
μεσορῆ κ' ἐν Πτολεμαίδι Εὐσεργέτι· δι' τοῦ Ἀρσινόϊτου ὁμολογεῖ
Αὐρηλῖος Μάρκος Δημητρίου τοῦ Ἰο[..... ἀπογρα-]
φόμενος ἐπ' ἀμφοδου Διονυσίου τόπων ὡς ἐτῶν τοσῶνδε οὐλή]
Αὐρηλίας Ἡραΐδι 1) Ποταμῶνος μητρὸς [τῆς δεῖνα ἀπογραφομένη ἐπ' ἀμφοδου
ταμει-]
ὡν ὡς L κζ οὐλή μέσον δάκτυλο[ν χειρὸς μετὰ κυρίου
Αὐρηλίου Θεογεΐτονος ἐπικαλουμένου] [... ἀπογραφομένου ἐπ' ἀμφο-]
δου Βιθυνῶν ἄλλων τόπων ὡς L [τοσῶνδε οὐλή ἀμφο-]
τέρους ἔχειν κατ' αὐτῆς τὸν ὁμολογ[οῦντα ἐπὶ τῇ θυγατρὶ
τῇ συνερχομένη ἑαυτῇ πρὸς γάμο[ν φερνήν χρυσοῦ
δοκιμίου μνααίων ἐν τετάρτας πέντε ἃ ἐστὶν τὸ τοιόνδε
τετάρτων ὅκτω ἀλυσίδιον τετάρτων τοσῶνδε τὸ τοιόνδε τετάρτων]
δύο δακτυλίδιον τετάρτης μιᾶς ἐν[..... τετάρ-]
των δὴο (1. δύο) καὶ ἑμάτια ἐν συντεμῆσι ἀργυρίου δραχμῶν
ἑξήκοντα ἀπ[ερ] ἐστ]ιν δαλματική ρ[.....
κοινοποφυρ[οῦν] σουβρικοπάλλιον [... καὶ ἐν πα-]
ραφέρνοις χιτῶν [κροκ]ότινος μαφόριον
σημειωτὸς σουδαρίον [ἐπικ]άρσιον καὶ [χαλκᾶ Ἀφροδί-]
την μα[γείρσιον] ἔσοπτρον δίπτυ[χον]....

¹⁾ Il Wessely, *Corpus Pap. Rain.* I, p. 123 ritiene che Aurelia Eraide, nonostante i suoi 27 anni, sia non già la sposa, ma la madre della sposa, e perciò supplisce in seguito ἐπὶ τῇ θυγατρὶ.

La descrizione che dei beni parafernali qui come negli altri documenti vien fatta, ha un esatto riscontro nell'uso consimile accertato pel diritto romano da Ulpiano, di un *libellus* in cui la donna soleva elencare tutti i beni estradotali e che il marito sottoscriveva come se li avesse ricevuti, restandone in tal guisa responsabile verso di lei:

l. 9 § 3 *D. de iure dot.* 23. 3. *Ulpianus libro trigesimo primo ad Sabinum.* Plane si rerum (sc. *extradotalium*) *libellus* marito detur, ut Romae volgo fieri videmus (nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti neque in dotem dat, in *libellum* solet conferre eumque *libellum* marito offerre, ut is subscribat, quasi res acceperit, et velut *chirographum* eius uxor retinet res quae libello continentur in domum eius intulisse): hae igitur res an mariti fiant, videamus.

Che cosa debbasi intendere pel *libellus*, cui Ulpiano accenna, e se in esso possa considerarsi contemplato anche l'istromento dotale, non so. Ma è certo che la indicazione dei parafernali fu, a un determinato momento, inserita appunto nell'istromento dotale, siccome avverte Giustiniano nella

l. 11 *C. de pactis conv.* 5, 14. *Iohanni pp.* Si mulier marito suo nomina (id est feneraticias cautiones) quae extra dotem sunt dederit, ut loco paraphernarum apud maritum maneant, et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum, utrumve habeat aliquas ex his actiones maritus sive directas sive utiles, an penes uxorem omnes remaneant, et in quem eventum dandae sint marito actiones, quaerebatur.

Costituiva questa una precauzione contro la cosiddetta *praesumptio Muciana*¹⁾, per la quale sorgendo dubbio durante e dopo lo scioglimento del matrimonio circa la pertinenza delle cose introdotte nella casa coniugale, queste eran ritenute non appartenenti ai beni parafernali²⁾; e s'imponneva perciò come misura di prudenza, ad evi-

¹⁾ Cfr. BARON, *Pand.* § 345, p. 620.

²⁾ L. 51 *D. de don. int. v. et ux.* 24, 1 « Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse, evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse ».

tare che si ritenessero provenienti dal marito per effetto di una donazione tra coniugi, colpita inesorabilmente di nullità¹⁾.

Nè questo è il solo punto di contatto tra il diritto romano e il greco-egizio.

Già la stessa denominazione di *parapherna*, che le fonti romane adoperano accanto all'altra di *res extra dotem constitutae*²⁾, è indice del rapporto che v'ha tra l'uno e l'altro diritto. Al puro diritto greco non può certo pensarsi, come quello donde il nome fu tratto. Come si è già osservato e come ha ben dimostrato il Beauchet³⁾, il diritto attico non conosceva i beni parafernali, non comportando il regime matrimoniale di esso la esistenza di siffatti beni; da un canto lo stato di soggezione della donna maritata non avrebbe consentito ch'essa conservasse beni propri, dall'altro il fatto stesso che il marito non diventava proprietario della dote era una garanzia tale per la moglie, da non farle sentire la necessità di riservarsi una parte dei beni. Come adunque spiegare l'affermazione di Ulpiano contenuta nella cit. l. 9 § 3: « Ceterum si res dentur in ea, quae Graeci παραφέρνα dicunt quaequae Galli peculium appellant, videamus an statim efficiantur mariti »⁴⁾ e l'altra di Teodosio e Valentiniano nella c. 8 *de pactis conventis* 5, 14, in cui appunto del paraferno è data la definizione: « Hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat communionem

¹⁾ Cfr. la c. 6 *de don. int. v. et ux.* 5, 16. « Etiamsi uxoris tuae nomine res quae tui iuris fuerunt depositae sunt, causa proprietatis ea ratione mutari non potuit, etsi donasse te uxori res tuas ex hoc quis intellegat, cum donatio in matrimonio facta prius mortua ea quae liberalitatem excepit irrita sit. Nec est ignotum, quod, cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse veteres iuris auctores merito credissent ».

²⁾ L. 95 *pr. D. ad l. Falc.* 35, 2; c. 29 *de iure dot.* 5, 12.

³⁾ *Hist. du droit privé* I, p. 283-287.

⁴⁾ I Bas. 29, 1, 5 dicono: Τα ἐξώπρεια οὐ γίνονται τοῦ ἀνδρός, εἰ μὴ ἐπὶ τούτῳ δοῦσιν αὐτῷ Λέγεται δὲ παρὰ τοῖς Γάλλοις τὰ παραφέρνα πεκούλον. Εἰς αὐτὰ παρὰ τὸν ἐξώπρεια ἡ σχολιαστὴ ἀναφέρει: Πολλὰ περὶ τῶν λόγων πρὸς ἐπιδοσίντων εἰρήκαμην. ἄξιον οὖν ζητῆσαι τε καὶ μαθεῖν, ποῦτα δοκεῖ λόγῳ πρὸς ἐπιδοσίντων. λίσται τοῖς νυνὶ ὁ νομικὸς ἐνδείκται εἶναι, ὅσα ἐπὶ τούτῳ ἰδικῶς ὡς πρὸς ἐπιδοσίντων. ὡς, εἴγε πράγματα δοῦσιν οὐκ εἰς πρὸς, ἀλλ' εἰς ἀπερ' οἱ μὲν Ἕλληνας παραφέρνα λίσται, Γάλλοι δὲ πεκούλον προσαγορεύουσι, σκοπήσωμεν, εἰ παραχρῆμα δεσποτικῶς τούτων γίνεται ὁ ἀνὴρ. — Al termine παραφέρνα i Basilici sostituirono quello di ἐξώπρεια; cfr. OTTO, *Thes.* III, 1516.

nec aliquam ei necessitatem imponat? » I Greci di cui qui si parla non sono certamente nè quelli d'Atene, nè quelli che abitano in Grecia.

Il Beauchet, respingendo la testimonianza di Ulpiano in quanto potesse venir riferita al diritto attico, avvertì con acume che all'epoca in cui il giureconsulto scriveva « l'uso del peculio della donna, che suppone una certa emancipazione di questa, poteva ben essere praticato nei paesi di lingua greca che facevan parte dell'impero romano ». Ora i nostri papiri, scritti in greco, sebbene non riguardino sempre contraenti greci, forniscono completa la spiegazione della notizia di Ulpiano e degl'imperatori. I Greci, trasmigrati in Egitto, trovarono con la maggior libertà della donna applicato anche il sistema del peculio femminile, e svincolandosi dalle pastoie che il loro diritto originario imponeva, adottarono codesto sistema, il quale andò sempre più allargandosi. Che se pur l'uso non si estese dappertutto, tuttavia esso dovè agli occhi dei Romani apparir generale tra i Greci appunto, quando questi furono chiamati a stendere gli atti notarili. Quelli adunque di cui le fonti parlano, non possono essere che i Greci dell'Egitto ¹⁾.



Nel CPR. I, 28 s'è visto come oltre la dote e i parafernali la sposa rechi anche con sè una sua quota indivisa d'un palmeto, sulla quale concede l'usufrutto allo sposo pel periodo della convivenza coniugale. Secondo il precetto del diritto romano: *dotis causa data accipere debemus ea, quae in dotem dantur*, che devesi ritenere applicabile anche al diritto dei nostri papiri, il palmeto, non menzionato tra i beni dotali, non forma parte della dote. Esso rimane perciò tra i parafernali di Thaisarion, e se tra questi non viene espressamente indicato, ciò si spiega col fatto che non trattandosi di mobili, i quali introdotti nella casa coniugale danno luogo a quella presunzione di cui s'è detto più sopra, niun pericolo poteva rispetto al fondo corrersi dalla sposa.

Ma che cosa è l'usufrutto concesso dalla donna al marito?

Il quesito ci riconduce nuovamente al problema della dote fittizia e all'esame di due altri contratti matrimoniali, dai quali si trae una

¹⁾ Il RÉVILLIOUT, *Précis* II, p. 1130, n. 1 afferma anzi che il paraferno è stato dal diritto romano imitato sul diritto greco-egizio.

nuova prova contro quella teoria. Il Mitteis¹⁾ osserva che là dove la dote è costituita dai genitori della sposa, essa è ricevuta da questa ultima, non dal marito, e che allorquando il marito la riceve dalla sposa stessa, la dote nasconde sempre un dono nuziale di lui. E poichè d'altro canto il marito non diviene proprietario della dote, quando questa è costituita da immobili è sempre necessaria una convenzione tra gli sposi, per imporsi al marito l'obbligo di pagare i pesi che li gravano. Conseguenza del non acquisto da parte del marito è quindi che, mentre degli oggetti dotali introdotti nella casa coniugale lo sposo promette sempre la restituzione pel caso di divorzio, degli immobili invece la restituzione non è mai stipulata, appunto perchè una restituzione di essi non sarebbe possibile.

Il CPR. ci fornisce due esempi di fondi dati in dote alla sposa dai genitori di lei, e precisamente dalla madre. L'uno. I, 24²⁾, è un atto matrimoniale del 16 agosto 136 d. C. tra Souchammon e Afroditous, ed è così concepito:

L κ Αὐτοκράτορος Κ[αίσαρος] [Αἰλίου] Ἀδριανοῦ Σεβ(αστοῦ) μηνὸς καί[σ]τα-
 ρείου κα ἐν Πτολ(εμαίῳ) Εὐερ[γέτι] τῆς
 Ἰουλίας Σεβαστῆς. ὁμ[ολο]γοῦσιν ἀλλ[ήλοις] Σουχάμμ[ων Μ]άρωνος τοῦ Σούχου
 ὡς ἐτῶν εἰ[κοσ]ί· ας
 [καὶ Ἀφροδείτῃ Νεῖλου τοῦ [Ἡ]λείου ὡς L μδ οὐ(λή) μετ[ώ]πῃ ἐξ ἀριστ(ε-
 ρῶν) μετὰ κυρίου τοῦ ὁμο(πατρίου) καὶ ὁμομητρίου ἀδελφοῦ)
 [Ἀδρηλίου ὡς L λς ας ὁ μὲ Σουχάμμ]ων ἔχειν πρὸς τῆς Ἀφροδείτης ἐπὶ τῇ
 θυγατρὶ αὐτῆς Ἀφροδείτουτι Ἀμμωνίου πα-
 [ρὰ τοῦ κυρίου αὐτῆς (ἀδελφοῦ)] Ἀδρηλίου διὰ χειρὸς χρυσοῦ δοκιμείου
 τετάρτης δέκα τρεῖς αἱ εἰσὶν ἐνοτίων ζεῦχος τετάρτων
 δύο . . .]ων δύο ἐν μὲν τετάρτων τεσσάρων τὸ δὲ ἕτερον διάχλωρον τετάρτων
 τριῶν καὶ δακτυλίδι
 [δύο ἐν μὲν τετάρτων] τριῶν τὸ δὲ ἕτερον τῆς λοιπῆς τετάρτης μιᾶς καὶ ἀργυρίου
 δραχμᾶς διακοσίας ἐν αἷς ἑκατὸν
 [τὰ ἐν συντημῇσι δραχμῶν κοντ]α καὶ ἑκατὸν ἡ δὲ Ἀφροδίτη ὁμοίως
 δεδωκέναι ἐν φερνῇ κατὰ προσηγορίαν ἀναφίρετον τῇ αὐτῇ θυγατρὶ)

¹⁾ *Reichsrecht*, p. 233-245.

²⁾ Cfr. MITTEIS, *Reichsrecht*, p. 234 e 278; WESSELY, *Verhältnisse*, p. 47; RÉVILLE-LOUT, *Précis* II, p. 1126.

[Ἀφροδιτοῦτι τ]ῆς ὑπαρχούσας αὐτῇ ὡς φασὶ περὶ τὸ Μητροδῶρου ἐποίκιον κλήρου κατοικ(ι:κοῦ) ἐν δυοῖ φραγ (l. σφραγισι)
 [ἀρούρας τρεῖς ἐτι δὲ καὶ τὸ ἦ]μισυ μέρος τῆς ὁμοίως ὑπαρχούσης αὐτῇ ἐν τῇ Μητρο(δῶρῳ) ἐπ' ἀμφοῶν πлагείας οἰκίας καὶ αὐλ(ῆς).
 [τὴν δὲ προσφορὰν πεποι]ῆσθαι τὴν μητέρα Ἀφροδείτην τῇ θυγ(ατρί) Ἀφρο-
 δειτοῦτι χωρὶς τοῦ ὁμοίως ἐπιβᾶλλο(ντος) αὐτῇ τῇ θυγ(ατρί)
 [ἄλλου ἡμίσεως μέρους τῆς οἰκίας καὶ τῆς αὐ]λῆς κοινοῦ καὶ ἀδιαίρετου τῶν ἄνω γ(εγραμμένων) ἀκολουθῶς τῇ τοῦ πατρὸς αὐτῆς Ἀμμονίου
 [διαθήκη καὶ ἐπὶ] τῆς μητροπόλ(εως) ἐπ' ἀμφοῶν Βιθυνῶν καὶ ἄλλων τόπων οἰκίας καὶ αὐλῆς περὶ δὲ κώμην Κερκεσοῦχα
 [τοῦ]ος κλήρου ἀρουρῶν πάντε καὶ ἐλαιῶνο(ς) παραδείσου ἀρούρης μιᾶς καὶ φοινικῶνος ἀρούρης
 [... ἡμίσεως καὶ ἐν τῇ κώμῃ] οἰκίας καὶ αὐλῆς ἐσχάτου ἀρουρήδου ἣ ὄσαν ἐὰν ὦσι. τὴν δὲ προσφορὰν πεποιῆσθαι τὴν μητέρα
 [Ἀφροδείτην ἐπὶ τῇ] ἔχειν αὐτὴν ἐφ' ὃν περίεστι χρόνον οἰκήσιν καὶ ἐνοικίων ἀποφορὰν τοῦ ὄλου ἐπ' ἀμφοῶν πлаг(είας)
 οἰκίας καὶ αὐλ(ῆς) καὶ καρ[πεί]αν ἡμίσεως μέρους τῶν περὶ τὸ Μητροδῶρου ἐποίκι(ον) κλήρου ἀρουρῶ(ν)
 [τριῶν μὴδὲ περὶ τοῦ] ἡμίσεως μέρους ἐντεῦθεν τὴν Ἀφροδείτουν ἀντιποιεῖσθαι καὶ χορηγεῖν τὴν αὐτὴν
 [μητέρα Ἀφροδείτην] εἰς τὸν κοινὸν τῶν γαμούντων οἶκον ὑπὲρ τοῦ ἐνεστώτος ἔτους χρόνου πυροῦ
 [ἀρτάβας τοσαύτας μέτρ]ῳ δρόμων τετραχοινείκῃ καθαράς ἀπὸ δημοσίων ἐν τῇ μητρο(πόλει). μένειν οὖν τοῖς γαμοῦσι
 [τῇ τε Σουχ]άμ[μῳ] καὶ τῇ Ἀφροδιτοῦτι τὴν πρὸς ἀλλήλους συμβίωσι(ν) τοῦ Σουχάμμωνος ἐπαρκοῦντος αὐτῇ τὰ
 [θέοντα πάντα καὶ] τὸν ἱματισμὸν καὶ τὰ ἄλλα ὅσα προσήκει γυναικὶ γαμετῇ κατὰ δύναμιν καὶ ποιούμενου
 [τὰ ἔργα τῶν] πατρικῶν ἀρουρῶν καὶ τοῦ ἡμίσεως μέρους τῶν περὶ τὸ Μητροδῶρου κλήρου ἀρουρῶν τριῶν
 πλ]ηροῦντος εἰς τὸ δημόσιον [τὰ ὑ]πὲρ αὐτῶν τελέσματα πάντα ἀπὸ τοῦ αὐτοῦ εἰσιόν(τος)
 [ἔτους καὶ τοῦ λο]γιτοῦ ἡμίσεως μέρους τῶν αὐτῶν ἀρουρῶν τριῶν ἔργων καὶ δημοσίων ἐφ' ὃν ἦ
 [αὐτοῖς ἡ συμβίωσις] χρόνον τῶν πρὸς αὐτὴν Ἀφροδείτην καὶ αὐτῆς δὲ Ἀφροδιτοῦτος ἀκατηγόρητον ἑαυτὴν
 [παρεχομένης ἐν τ]ῇ συμβίωσει. ἐὰν δὲ διαφορὰς τοῖς γαμοῦσι γενομένης χωρίζωνται ἀπ' ἀλλήλων

[ἀποδότω Σουχάμμων τῇ] μητρὶ Ἀφροδείτῃ ἢ μὴ περιούσῃ τῇ θυγατρὶ Ἀφρο-
 διτοῦτι τὴν προκείμενην
 [φερνὴν τὰς μὲν τοῦ χρυσοῦ τετάρτας] δέκα τρεῖς ἐν τοῖς αὐτοῖς κοσμαρίοις
 ἄγοντα τὴν αὐτ(ήν)
 [ὀλκήν καὶ τὰς τοῦ ἀργυρίου] δραχμάς διακοσίας ἐπὶ μὲν τῆς ἀποπομπῆς
 παραχρῆμα)
 [ἐπὶ δὲ τῆς ἐκουσίου ἀπαλλαγῆς ἐν ἡμέ]ραις τριάκοντα τῆς πράξεως τῇ ἀνα-
 κομιζομένῃ γεινομ(ένῃς) καθάπερ
 [ἐκ δίκης ἐκ τε αὐτοῦ τοῦ Σουχάμμωνος καὶ ἐξ αὐτοῦ τῶν] προσόδων πα-
 σῶν 1)

Il contratto, stipulato tra lo sposo, Souchammon, di 20 anni, e Afrodite, di 44 anni, madre della sposa Afroditous, mira alla costituzione della dote, la quale si presenta a primo aspetto composta di due parti distinte, ma proviene tutta dalla madre.

La prima è formata di oggetti d'oro, cioè monili e gioielli muliebri, tra i quali un paio d'orecchini e due anelli, il tutto pel valore di 13 τετάρται, nonchè di 200 dramme d'argento, in cui son comprese le vesti pel valore di cento e tante dramme. Questo primo compendio lo sposo dichiara d'aver ricevuto da Afrodite per dote della figlia. La seconda parte è invece composta d'immobili e cioè di 3 arure di terreno presso Metrodoro pervenute alla dotante in forza di due istromenti, e di una metà di casa con corte posta nella capitale (Arsinoe) nella 'via obliqua' e pervenutele nello stesso modo. Ma degl'immobili il marito non accusa ricevuta: è la madre la quale con donazione irrevocabile ne trasferisce la proprietà alla figlia, costituendoli a lei in dote.

La sposa però possiede anche altre proprietà, che vengono nell'istromento indicate:

a) l'altra metà della casa con corte nella 'via obliqua', spettante fin lì in condominio alla madre e alla figlia, che non avevano, a quel che pare, proceduto mai alla divisione; la metà della sposa era a lei pervenuta in forza del testamento di suo padre, Ammonio; sicchè, per effetto della donazione materna, lo stabile apparterrà d'ora innanzi per intero ad Afroditous;

1) La fine del papiro è troppo frammentaria per poter essere utilmente riprodotta.

b) nella stessa capitale alla via 'Fondi dei Bitini e d'altri' una casa con corte;

c) presso il villaggio di Kerkesoucha un podere di 5 arure, di cui fanno parte un giardino di un'arura e un palmeto di arure... e mezzo, spettanti ad altri;

d) e finalmente nel villaggio di... una parte (metà?) di casa con corte.

Questi beni, menzionati qui dalla madre forse soltanto per tenerne distinti gl'immobili compresi nella donazione, rimangono tra i parafarnali, sebbene una dichiarazione in tal senso non sia inserita nell'istromento. Sugl'immobili donati però la madre riserva a sè sua vita durante l'usufrutto ¹⁾: sulla intera ²⁾, metà della casa posta nella 'via obliqua' nonchè sulla metà del podere di tre arure. E, in compenso forse di questa notevole diminuzione dei benefici della dote, essa aggiunge una certa quantità di grano che viene consegnata subito e che dovrà servire pel mantenimento degli sposi per l'anno in corso. La somministrazione, se fatta in contemplazione dell'usufrutto riservato, doveva probabilmente rinnovarsi ogni anno: ma il documento non v'accenna in alcun modo.

Lo sposo, dunque, non riceve nè gl'immobili propri della sposa, nè quelli che le vengono dalla madre e che sono costituiti in dote, o, per esser più esatti, l'arura e mezzo su cui essa non si è riservato l'usufrutto: la restante parte del podere infatti e la casa dovevano, pei diritti riservati, rimaner nelle mani della dotante. Ma a lui viene addossato l'onere di coltivare, pagandone le relative imposte, non solo l'altra arura e mezzo del fondo di Metrodoro, bensì anche l'altro terreno di 5 arure proveniente dalla eredità paterna della sposa. Dal che si rileva che quanto la sposa ha di fondi rustici, o a titolo di dote o a titolo privato, dovrà essere dal marito amministrato; e poichè all'obbligo di pagar la imposta deve corrispondere indubbiamente il go-

¹⁾ I diritti riservati sulla casa sono propriamente la οἰκία cioè l'*habitatio* e l'ἐνοίκιον ossia il diritto di locare e percepire la *merces*.

²⁾ La lacuna della l. 18 del papiro devesi supplire con un ταῖς αὐτῆς μέτραις τῆς, riferendosi l'ὅλον alla quota di proprietà della madre, non all'intera casa che spetta per l'altra metà alla figlia. Si ha perciò una semplice *deductio usufructus*, mentre riferendo il tutto alla *intera* casa si avrebbe una *deductio usufructus* e di più una costituzione di usufrutto da parte della figlia a favore della madre, il che non è ammissibile nel testo.

dimento dei frutti, è mestieri concludere che della dote fanno parte non solo le rendite dei fondi donati dalla madre, ma altresì quelle di uno dei fondi particolari della sposa. Sicchè, più esattamente, il compendio dotale è costituito:

- 1° degli oggetti, che il marito dichiara di ricevere;
- 2° dei fondi donati dalla madre, ma, per la *deductio ususfructus*, della semplice rendita della parte non soggetta ad usufrutto;
- 3° della rendita d'una proprietà privata della sposa.

L'altro esempio è il papiro 22, contenente le tavole nuziali tra Syrus e Syra, del II sec. d. C.¹⁾ Syra reca in dote gioielli e vesti, e tra i parafernali altre vesti ed oggetti di uso personale. Ai beni dotali la madre della sposa aggiunge alcuni immobili, cioè la metà d'un podere di 9 arure, due terzi d'un altro fondo, del quale l'altro terzo è di proprietà della sposa, una quota di condominio d'una casa con atrio; il tutto donato dalla madre, affinchè le rendite sieno destinate ai bisogni della nuova famiglia: ἐφ' ᾧ τὰ ἐξ αὐτῶν παρῃσινομένα εἰς τὸν κοινὸν τῶν γαμοῦτων οἶκον ἀπο[καταστήσαι.

Anche qui dunque la dote è formata in parte di mobili, provenienti dalla sposa, in parte d'immobili provenienti da donazione materna; e il paraferno comprende tra l'altro un immobile. Ma i frutti di questo non vengono nella dote.

Se pertanto si confronta il contenuto di questi due ultimi documenti con quello di CPR. I, 27, conviene riconoscere che nessuna sostanziale differenza corre tra essi. La rendita che in CPR. 27 la sposa assegna al marito sul proprio immobile, non ha carattere diverso da quella che il marito trarrà dai fondi costituiti in dote per donazione materna e dai fondi privati della sposa in CPR. 24 e 22.

Essa, in tutti e tre i casi, dev'essere impiegata pei bisogni comuni della famiglia.



Ho accennato, a proposito degli ultimi due documenti, alle assegnazioni che i parenti della sposa (e per solito la madre) fanno a

¹⁾ Cfr. MITTEIS, *Reichsrecht* p. 273-281; WESSELY, *Verhältnisse*, p. 48; RÉVILLIOUT, *Précis* II, p. 1.28. Rinuncio a riprodurre il papiro, essendo esso troppo guasto e frammentario.

colei che va a nozze. Qui conviene, prima di procedere oltre, soffermarsi brevemente ad accertare il valore e la natura di codeste assegnazioni, per dileguare quello che a me sembra un equivoco di interpretazione commesso da alcuno dei precedenti scrittori.

La natura di siffatti assegni, come ho già notato in principio, può esser duplice: chè può trattarsi o di donazione, con che la dotazione è immediatamente efficace in quanto trasferisce nel patrimonio della nuova famiglia dei beni dond'essa trarrà un utile beneficio, ovvero di disposizione testamentaria, nel qual caso i beni largiti entreranno solo dopo la morte del disponente, e sempre quando la volontà non sia in seguito modificata, in quel patrimonio.

Questa distinzione, che pur discende necessaria dall'esame dei documenti, non è stata ammessa da tutti: o meglio, se si vuol esser più precisi, v'ha chi ha ritenuto che la disposizione testamentaria debbasi considerare siccome irrevocabile, chè altrimenti essa non avrebbe nessun pratico contenuto siccome atto di dotazione.

Tale è, in sostanza, la opinione espressa dal Mitteis¹⁾, a proposito della συγγαφοεικδήκη contenuta in BGU. I, 183, un contratto di matrimonio del 26 aprile 85 d. C. così concepito²⁾:

[Έτους τετ]άρτου Αὐτοκρ[άτορος Καίσαρος] Δομντιανοῦ Σεβαστοῦ Γερμανικοῦ μηνὸς Γερμανικεῖα νο[υ]μηνίᾳ Παχῶν
[νουμηνίᾳ ἐν τῇ Σοκν]οπαίου Νήσου τ[ῆς] Ἑρακλειδου μερίδος τ[οῦ] Ἀραιοίτου νομοῦ
[Ὁμολογεῖ Ὁρος Τεσε]νούφιος τοῦ [Τ]εο[ε]νούφιος Πέρσης τῆς] ἐπιγονῆς ὡς ἐτῶν τεσσαράκοντα τριῶν οὐλὴ γαστροκνημιά ἀριστερῇ τῇ ἑαυτοῦ (l. ἑαυτοῦ) ὁμοπατρίου (l. ὁμοπατρίῳ)
[καὶ ὁμομητρίου ἀδ]ελφῆς (l. ἀδελφῆ) καὶ ἐστὶν αὐτ[.....]σα αὐτῇ γυναικὶ Ἐριέᾳ ὡς ἐτῶν τριάκοντα πέντε οὐλὴ
[μετὰ κυρίου τοῦ ἑαυτῆς] υἱοῦ Παχύσιος τ[οῦ] Ὁρου ὡς ἐτῶν εἴκοσι δύο οὐλὴ ἀντικνημίῳ ἀριστερῇ ἔχειν παρ' αὐτῆς τὸν ὁμολογοῦντα παραχρῆμα διὰ [χειρὸς ἐξ οἴκου ἐφ'] ἑατῇ (l. ἑαυτῇ) φερνὴν ἀργυρ[ίου] κεφαλίου δραχ[μῶν] εἴκοσι. Συμβιούτοσαν οὖν ἀλλήλοις τῶν γαμούντων (l. οἱ γαμούντες) καθὼς καὶ προσεγάμουσαν, ἐπιχωρη-

¹⁾ *Archiv f. Pap.* I, p. 133, n. 1.

²⁾ V. REVILLOUT, *Précis* II, p. 1134.

- [γοῦντος Ὁρου δέοντα] πάντα καὶ τὸν ἱματισμὸν καὶ τὰ ἄλλα ὅσα καθ[ήκει]
 γυναικὶ γαμετῇ κατὰ δύναμιν τοῦ βίου ἐνθημῶν καὶ ἀποθῶν (l. ἀποθημῶν)
 ἐν τοῖς κατὰ τὴν συνβίω-
- [σιν χρόνοις αὐτῶν ἀκ]ατηγόρητον, ἐάν ἐγβ[ῇ ἀποδοτῶ] ὁ ὁμο[λ]ογῶν Ὁρος
 τῇ Ἐριέφ τὴν φερνὴν ἐν ἡμέραις τριᾶκοντα ἀφ' ἧς ἐάν ἀταιτηθῇ, ἐάν δὲ
 μὴ ἀποθῶι,
- [ἀποτιοῶτω μεθ' ἡμιολίας] τῆς πράξεως οὐσης τῇ Ἐριέφ [ἐκ τε τοῦ Ὁρου τοῦ
 ὁμολογοῦντος καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτῇ πάντων καθάπερ ἐγ δίκης,
 μενούσης δὲ ἐπὶ χώρας τῆς συν-
- [γραφῆς ταύτης] ἀπερίλυτον εἶναι. Παροῦσα δὲ ἐπὶ τῆς ἀρχῆς ἡ τῶν γαμούν-
 των μήτηρ Σαταβοῦτος (l. Σαταβούς) τῆς Ὁρου τοῦ Ἀρυώτου ὡς ἐτῶν
 ἐξήκοντα πέντε
- [φακὸς χεῖλει τῇ ἄνφ ἐ]ξ ἀριστερῶν μετὰ κυρίου τοῦ τῆς ἀδελφῆς αὐτῆς
 Τανεφρέμμιος υἱοῦ Στοτοήτιος τοῦ Ἐρίεως ὡς ἐτῶν τεσσαράκοντα ὀκτὼ
 οὐλλή
- [ὀφρεῖ δεξιᾷ καὶ συν]χωροῦσα μετὰ τὴν ἐα[υτῆς] τελευταίην τ[οῖς] ἑαυτῆς
 τέκνοις Στοτοήτι καὶ Ὁρω καὶ θυγατρῶσι Σουήρι καὶ Ἐριέφ καὶ τοῖς τοῦ
 τετελευτηκότος
- [αὐτῆς ἐτέρου υἱοῦ] Τεσενούφιος τέκνοις Στοτοήτι καὶ Ὁρω τῇ μὲν υἱῷ Στο-
 τοήτι συνχωρεῖ μετὰ τὴν ἑαυτῆς τελευταίην οἰκίαν καὶ αὐλὴν ἐκ τοῦ πρὸς
 [νότου μέρους καὶ] τέταρτον μέρος ἐτέρας οἰκίας καὶ αὐλῆς, πρότερον Ψεντα-
 πιδμῖος, καὶ πέμπτον δέκατον μέρος ἐτέρας οἰκίας καὶ αὐλῆς πρότερον
 Πατουμό- (l. Πατουλῶ-)
- [τος, ὁμοίως δὲ καὶ συ]νχωρεῖ ἡ αὐτὴ Σαταβοῦτος (l. Σαταβούς) μετὰ τὴν
 ἑαυτῆς τελευταίην τῇ προγεγραμμένῳ ἐτέρῳ υἱῷ Ὁρω καὶ θυγατρὶ Ἐριέφ
 κοινῶς ἐξ ἴσου
- [.....] μέρος τῆς ὑπαρχούσης αὐτῇ ἐτέραν(ς) οἰκίαν(ς) καὶ αὐλὴν(ς)
 καὶ αὐλὴν(ς) ἐκ τοῦ πρὸς νότου μέρους καὶ τὰ συνκύροντα πάντα, τοῖς
 δ' αὐτοῖς τέκ-
- [νοις Ὁρω καὶ Ἐριέφ] συνχωρεῖ ἡ Σαταβοῦτος (l. Σαταβούς) τέταρτον μέρος
 τῆς προκειμένης οἰκίας καὶ αὐλῆς πρότερον Ψενταπιδμῖος, καὶ Ὁρω μόνῃ
 συνχωρεῖ
- [... οὐκ ἔστι λ... καὶ] δ' ὅσο καὶ τοῖς δυοῖν υἱοῖς Στοτοήτι καὶ Ὁρω συνχωρεῖ με[τὰ
 τὴν] ἑαυτῆς τελευταίην τόπος (ν) φιλός (ν) ἐντὸς περιβόλου ἱεροῦ Σοκνοπαίου
 [θεοῦ μεγάλου ὄντ]α καὶ συνχωρεῖ ἡ αὐτὴ Σαταβούς τοῖς δ[υ]οῖν υἱοῖς Στ[ο-
 το]ήτι καὶ Ὁρω μῦλον θηβαικὸν καὶ ὅσα ποτὲ ἐάν καταλείψῃ ἐπίπλοα

[σκηὺν καὶ ἀνδρα]νίαν πᾶσαν καὶ ἐπιτροπεύουσιν καὶ ἀνε[...]. ηγετεύουσα[ν
 καὶ τῇ θυγατρὶ Ἐριέᾳ συνχωρεῖ ἡ Σαταβοῦτος (l. Σαταβούς) τὸν περὶ
 αὐτῆς γυναικίον κόσμον
 [καὶ τῇ θυγατρὶ Σο]ή[ρ]ει ὁμοίως συνχωρεῖ ἡ Σαταβοῦ[ς] μετὰ τὴν ἑαυτῆς
 τελευτήν τὸ λοιπὸν ἡμῶν μέρος τῆς προγεγραμμένης πρότερον
 [Ἰνταπιάμιος οἰκίας] καὶ αὐλῆς καὶ τοῖ[ς] τοῦ τελευτηκότος αὐτῆς ἐτέρου
 υἱοῦ Τεσενούφιου τέκνοις Στοτοήτι καὶ Ὁρωι ἐκάστω
 [ἀ]νὰ ἀργυρίου δραχμὰς ἑκατὸν ἑφ' [ῥ] ἀποδώσου[σιν] οἱ δύο [...]. Στοτοήτι
 καὶ Ὁρωι ἃς ἐφίλει ἡ Σαταβούς διὰ χειρὸς ἀγράφως ἀργυρίου
 δραχμὰς ἑκατοκσίας, εἶναι δὲ αὐτοῖς κοινῶς ἐξ ἴσου τὴν προσήκουσα(ν) τῇ
 Σαταβοῦτος (l. Σαταβοῦτι) ταφήν καὶ σκηδὶαν ἀνεγλόγιστα, ἐφ' ὃν χρόνον
 ζῶσα ἡ Σαταβούς, ἔχειν αὐτὴν τὴν ἐξουσίαν τῶν ἰδίων πάντων πολεῖν (l. πω-
 λεῖν) ὑποτίθεσθαι διαθέσθαι οἷς ἐὰν βούληται ἀπαρροπῆ-
 τως (l. ἀπαρροπῆσις). Ὑπογραφεῖς τοῦ μὲν (*seguono le sottoscri-
 zioni*).

Gli sposi sono il figlio Oro e la sorella germana Eriëa, la quale reca in dote 20 dramme d'argento. Dopo le consuete dichiarazioni e stipulazioni, comparisce la madre degli sposi, Satabous, la quale prendendo nuovamente occasione dal matrimonio di codesti suoi figli, dispone di tutti i suoi beni distribuendoli pel tempo dopo la propria morte tra i suoi quattro figli, Stotoeti e Oro, maschi, Sueri ed Eriëa, femmine, nonchè tra i due nipoti *ex filio* di nome anch'essi Stotoeti e Oro, figli di Tesenuflō, quinto figlio di lei, premorto. Ho detto nuovamente, perchè, si noti, cinque anni innanzi, nell'81, in occasione del matrimonio dell'altro suo figlio Stotoeti con una Taneffrimmi, la stessa Satabous aveva già fatto il proprio testamento, disponendo in modo affatto analogo a quello seguito cinque anni più tardi.

Nell'atto dell'81 infatti - BGU. I, 251, che sarà più oltre riprodotto nella sua prima parte - la madre Satabous lascia al figlio Stotoeti una casa (quella di mezzogiorno), un quarto della casa già Psentapiami, un quindicesimo della casa già Patulos; ad Oro ed Eriëa in comune una certa quota di altra casa, e (come rilevasi dal pap 183, che è in tutto identico, mentre il 251 in questo punto presenta lacune) alla Eriëa degli ornamenti femminili, e ad Oro e Stotoeti in comproprietà un terreno nudo e un mulino; all'altra figlia Sueri la metà

della casa già Psentapiami; e finalmente ai due nipoti *ex filio* Stotoeti e Oro l'ultima quarta parte di questo medesimo fabbricato ¹⁾.

Queste stesse disposizioni si trovano mantenute nell'atto dell'85, modificate in un punto soltanto, perocchè quella quarta parte della casa già Psentapiami che prima era stata assegnata ai nipoti è data ora ai due figli Oro ed Erieta, la cui quota vien così accresciuta appunto in occasione delle loro nozze. E forse per indennizzare i nipoti di quanto era loro tolto, l'ava con l'atto posteriore assegnava ai medesimi otto dramme per ciascuno.

Ma su questi beni nell'atto dell'85 - chè in quello dell'81 non è possibile constatarlo a causa delle lacune - la testatrice dichiara di riservarsi pel tempo ch'essa rimanga in vita ogni più ampia facoltà: venderli, ipotecarli, disporne per testamento come meglio le piaccia, liberissimamente.

Di fronte ad una tale riserva, che rendeva in certo modo illusoria l'assegnazione fatta agli sposi, il Mitteis ha sentito il bisogno di trovare una via di uscita e la riserva stessa ha ritenuto limitata a tutti gli altri beni, spettanti a Satabous e non compresi in quella duplice disposizione.

Ora a me non sembra punto che una siffatta interpretazione sia da seguirsi

L'argomento ben circoscritto delle presenti ricerche non consente una indagine ampia ed esauriente circa la natura e gli effetti del testamento greco-egizio, la cui storia richiede ancora, al lume dei papiri, una accurata e completa ricostruzione. Io ritengo che per quanto s'attiene alla revocabilità della disposizione testamentaria, niun elemento siavi ancora per negarla ²⁾; che anzi dal confronto delle due συγγαφοδιαθήκαι di Satabous resta accertato il contrario, se, com'è indiscutibile, costei revocava cinque anni più tardi la sua prima disposizione in favor dei nipoti, per accrescere la quota dei due figli sposi.

¹⁾ Assiste la madre, vedova di Tesenuflo, un nipote, Stotoeti, figlio di una sorella di lei, Tanefrimmi, e di Erieta. La sposa, Tanefrimmi, era secondo il RéVILLOUT, *Précis* II, p. 1134 nota, figlia appunto di codesta Tanefrimmi, sorella di Satabous, sicchè gli sposi sarebbero tra loro cugini germani. Se poi alla διαθήκαι di Satabous seguisse anche quella della madre della sposa, come suppone il RéVillout, è affatto dubbio.

²⁾ Cfr. GRADENWITZ, *Einführung in die Papyrskunde* p. 149.

Ma comunque sia di ciò, per la questione presente basta rilevar soltanto che nulla si oppone a riconoscere nell'atto quello che naturalmente esso contiene, una assegnazione *post mortem*, una distribuzione di quote ereditarie fatte dalla madre in occasione delle nozze di alcuno dei figli.

La formula adoperata: (Σαταβούς) συγχωροῦσα μετὰ τὴν ἑαυτῆς τελευτὴν è troppo chiara per se stessa, quando sia congiunta alla riserva finale, perchè s'abbia a ritenere dato presentemente e irrevocabilmente ciò che si assegna soltanto pel tempo dopo la morte.

Quando nel contratto nuziale la madre ha assegnato subito e in modo irrevocabile, clausole speciali e chiaramente additanti la donazione furono adoperate, come s'è potuto veder nei due papiri precedenti, CPR. I, 22 (ἡ δὲ μητὴρ ὁμοίως δεδωκέναι ἐν φερνῇ τῇ θυγατρὶ.... κυριευτικῶς ἀπὸ τοῦ νῦν ἀναφαιρέτα τὰ ὑπάρχοντα αὐτῇ) e 24 (ἡ δὲ Ἀφροδίτη ὁμοίως δεδωκέναι ἐν φερνῇ κατὰ προσφορὰν ἀναφαιρετὸν τῇ αὐτῇ θυγατρὶ).

In base pertanto a codeste considerazioni io credo che la distinzione superiormente accennata debba venir fatta anche più profondamente e, tenuto conto della enunciazione del titolo dotale, che si riscontra nei casi di donazione, conchiudere che se nei papiri 22 e 24 non può mettersi in dubbio la esistenza di un assegno dotale, nel papiro 183 non si ha che un semplice testamento della madre, sia pur fatto con la intenzione di dare alla sposa una parte dei beni materni in occasione delle sue nozze. E di tal natura sembra sia appunto la disposizione della madre a favor di Sarapous in Oxy II, 265, dove il termine συγχωρεῖ allude piuttosto ad un testamento, anzichè ad una donazione.



Tutto quanto abbiamo superiormente detto circa la pretesa natura fittizia della dote, è del resto confermato dalle disposizioni contenute nei nostri papiri relative alla ripartizione dei frutti nell'ultimo anno di matrimonio¹⁾; perocchè, quando queste cadano su fondi dotali e recati dalla sposa stessa, dovrebbero ammettere che il

¹⁾ V. su questo argomento più oltre.

compendio della dote fosse in parte fittizio, rappresentando un dono del marito, in parte reale.

Senonchè un nuovo dubbio è sollevato daccapo dal contratto CPR. I, 27. Ivi la sposa è con insistenza indicata come vergine (θαισάριφ παρθένφ ούσφ): il che non accade in nessun altro dei contratti matrimoniali appartenenti al periodo tolemaico e al romano.

La condizione della sposa non è in essi giammai fatta oggetto di speciale nota. Tuttavia in alcuni essa può rilevarsi con tutta certezza da altre circostanze. In CPR. I, 28 ad esempio il matrimonio è contratto con una donna che ha quattro figli (se essi sieno del marito, o di un precedente matrimonio si vedrà altrove); similmente in BGU. 183 la sposa ha già un figlio nel momento in cui va a nozze. Se di figli già procreati o di quelli che nasceranno dal matrimonio si tratti in Oxy. II, 265, è dubbio. Certo è fanciulla e vergine la sposa in CPR. I, 21, poichè la madre ha appena 27 anni quando essa va a nozze, ed è a ritenersi lo sieno quelle di Tebt. 104, Gen. 21 + Münch, CPR. I, 22, 24.

Ora quel richiamo allo stato verginale in CPR. I, 27 potrebbe far pensare ad un ἀνακαλυπτήριον, velato sotto le parvenze della dote. Il *pretium pudicitiae*, che lo sposo dà alla donna o ai suoi parenti come compenso del sacrificio che essa gli fa di se medesima, verrebbe da lui promesso mercè quella dichiarazione di averne ricevuto in dote il compendio.

Senonchè questa ipotesi non è ammissibile. Perocchè, pur prescindendo dalla questione se il *praemium defloratae virginitalis* fosse dato alla sposa o ai parenti di lei ¹⁾, pare tuttavia accertato che l'ἀνακαλυπτήριον; cui successe più tardi il θρώρητρον ²⁾, fosse dato non già prima delle nozze, ma nel secondo giorno di esse ³⁾: donde la conseguenza inevitabile che di esso non potevasi tener conto nell'istromento dotale. Nè basta. La natura dell'ἀνακαλυπτήριον era quella d'un semplice regalo di nozze, nè esso raggiunse mai la importanza della do-

¹⁾ LAROCQUE, *Don du fiancé*, p. 140.

²⁾ Cfr. HARPOCRATION, *Lexicon* vº ἀνακαλυπτήρια; la novella di Costantino Porfirogenito, coll. III, nov. 11, c. 2; Πείρα XXV, 47; ZACHARIAE, *Gesch. des gr. röm. Rechts*, 3 Aufl. p. 98.

³⁾ LAROCQUE, *Don du fiancé*, p. 146; contra CAILLEMER, *Dict. des ant. gr.* di Daremberg et Saggio vº ἀνακαλυπτήρια.

natio propter nuptias: cosicchè dalla esistenza dell'ἀνακαλυπτήριον non si potrebbe concludere per una *donatio* sotto forma di dote. Così non potrebbe pensarsi ai διαπαρθένια δῶρα, perchè questi venivano anche essi fatti il giorno dopo delle nozze in seguito alla νύξ μυστική¹⁾. Che se, pur facendo astrazione dalla natura e dal tempo in cui il dono solea esser fatto, di un *pretium pudicitiae* dovesse qui trattarsi, potrebbe tutt'al più pensarsi ad una *retraditio pretii*, mercè la quale la sposa reca in dote quanto lo sposo le ha donato: con che si ritorna alla ipotesi della *retraditio donationis*, che, come s'è visto, esclude il concetto della dote fittizia.

Ma la donazione nuziale, che in tutti i documenti fin qui esaminati e negli altri appartenenti al periodo tolemaico e romano, che si vedranno in seguito, non apparisce, si trova invece in un altro contratto di matrimonio, l'ultimo per data tra tutti i papiri matrimoniali a noi conosciuti. È questo il CPR. I, 30, appartenente al periodo bizantino (vi sec. d. C.), nel quale son contenute le tavole nuziali di due greci, Megas e Christodote, proveniente anch'esso come gli altri dall'Egitto e precisamente da Arsinoe, ove pare ch'esse sieno state stipulate. Il grande interesse che il documento desta, non si limita solo alla questione della donazione, ma si estende anche ad altri campi dei rapporti patrimoniali nel matrimonio, la cui storia nel diritto greco-romano e in quello applicato in ispecie nella provincia egiziana è da esso illuminata.

La parte sostanziale dell'atto suona:

ἡγουμένων τῶν λαλουμένων τε καὶ πραττομένων καὶ τῆς
 θεσποίνης ἡμῶν τῆς θεοτόκου καὶ ἀειπαρθένου Μαρίας καὶ τοῦ ἁγίου
 [Ἰωάννου] τοῦ προδρόμου καὶ [βαπτιστοῦ καὶ τοῦ ἁγίου Ἰωάννου
 τοῦ εὐλόγου καὶ εὐαγγελιστοῦ καὶ παντὸς τοῦ χοροῦ τῶν ἁγίων τε
 καὶ ἀθλοφόρων μαρτύρων τὰ παρόντα γαμικὰ καὶ προίκια
 συμβόλαια π. ὁμολογοῦνται καὶ ποιοῦνται.....

 .. ὑπὲρ τε χρυσοῦ κοσμηίων καὶ ἱματίων
 σφραγίδι τοῦ Ἀρσινότου γι χρ/... ζυγ[ω...
 τας τῶν ἐρ εἰς οἷον...

¹⁾ CAILLEMER, loc. cit.; contra LAROCQUE, op. cit., p. 143, n. 1.

.....μαυραν μίαν τοῦνομα εχ.....
 καὶ Μέγας ὁ λαμπρό(τατος) ἐντεῦθεν ἦδη ἡμῖν ὑπὲρ μὲν ἀρραβῶνος χρ[υσοῦ
 νομίσματα δέκα τέσσαρα ρυπαρά γι/ χρ/ ὦ ἰδ ρ/ μ// κέρδ[ος
 τῆς κόρης ὑπὲρ θωρυφ.....
 α..... ι/ φ/ ι.....
 κέρδος ἐσόμενα Χριστοδότῃ τῇ σὺν Θεῷ γενομένη αὐτοῦ
 συμβίῳ ἔτι μὴν ὁμολογεῖ προσενεγκεῖν καὶ τὸ ἰσόπρικο[ν
 τῶν προσενεχθέντων παρὰ τῆς αὐτῆς μητρὸς Κάλῃς νομ[
 ἑκατὸν ἐν πράγμασιν. τούτων τοίνυν δοξάντω[ν
 καὶ ἑκατέρῳ μέρει συναρσεσθέντων ἐπὶ τὸ παρὸν ἡλθον γα[μικὸν
 καὶ προικῶν συνάλλαγμα δι' οὗ ὁμολογεῖ ὁ μὲν προρηθεὶς
 λαμπρό(τατος) Μέγας ἔχειν τὴν αὐτὴν θυγατέρα παρθένον
 τῆς αὐτῆς Κάλῃς ἰδίαν καὶ νομίμην γυναῖκα κ[αί
 εἰς κατὰ τὰς θυνάμεις καὶ
 εἰς αὐτὴν διαπράξασθαι ἄλλα πάντα τὰ πρέποντα ἐλευθέραις
 γυναιξὶν παρὰ ἀνδράσι σεμνοῖς ἐνδείξασθαι εἰς αὐτὴν
 πρὸς τῇ καὶ αὐτὴν ἀγαπᾶν καὶ θάλλειν καὶ θεραπεύειν αὐτὸν
 Μέγαν τὸν λαμπρότατον αὐτῆς σὺν Θεῷ ἐσόμενον σύμβ[ριον
 ὑπακούειν δὲ αὐτῇ καθὰ τῇ νόμῳ καὶ τῇ ἀκολουθίᾳ συμβαίνει[ν
 οἱ δὲ ὡς εἰκὸς συμβησόμενοι κἀσοὶ διαβεβαιωθήσονται
 πρὸς τὰ δοκοῦντα τοῖς καλῶς καὶ εὐσεβῶς καινομένοις (1. καιμένοις)
 νόμοις καὶ ὅτι πάντα τὰ προγεγραμμένα οὕτως δώσωσι κ[αί
 ποιήσωσιν πληρώσωσιν φυλάξωσιν πέρατι παραδώσωσι[ν
 ἐπωμόσατο ἑκάτερον μέρος τὴν ἄχραντον καὶ ὁμοούσιον
 Τριάδα κύρια τὰ παρόντα γαμικὰ καὶ προικῶν συμβόλαια δις δὲ
 ὁμοτύπως γραφέντα ὑποθέμενοι ἀλλήλοις ἐπὶ βεβαιώσει
 αὐτῶν πάντα αὐτῶν τὰ ἄλλα ὑπάρχοντα καὶ ὑπάρξοντα τὰ τε ν[ῦν
 καὶ μετὰ ταῦτα ἐσόμενα ἰδικῶς καὶ γενικῶς ἐνεχούρου
 λόγῳ καὶ ὑποθήκης δικαίῳ καθάπερ ἐκ δίκης καὶ ἐν τούτοις
 καὶ ἐφ' ἅπασιν τοῖς προγεγραμμένοις ἐπερωτηθεῖς
 ἑκάτερον μέρος ὡμολόγησεν καὶ ἀπέλυσεν. ἀμφοτέρω
 τὰ μέρη ἔσχον ἀνὰ ἓνα χάρτην πρὸς οἰκίαν ἀσφάλειαν.

Il contratto, concepito come al solito nella forma della stipula-
 zione (ἐπερωτηθεῖς ὡμολόγησεν), è concluso tra lo sposo e la madre
 della sposa, Kale. Premessa la invocazione della divinità cristiana, sotto
 la cui protezione il matrimonio si dice compiuto, le parti dichiarano

costituita la dote in monili d'oro e vesti del valore di cento monete d'oro. Vien quindi la menzione dell'*arrha sponsalitia* formata di 14 monete d'oro e data da Megas alla sposa e di un dono, costituenti a quanto sembra l'uno e l'altro il lucro nuziale. Lo sposo inoltre dichiara di costituire un *ισόποιστον* in oggetti, corrispondenti alle cento monete d'oro recate dalla madre della sposa. Fissati questi rapporti patrimoniali e dato il loro consenso, 'le due parti hanno conchiuso il presente contratto matrimoniale e dotale, mediante il quale Megas dichiara d'aver per sua moglie legittima la figlia di Kale, la vergine Christodote, e promette di provvedere a tutti i bisogni di lei secondo le proprie forze e di darle quanto s'addice a donne libere, mentre Christodote deve impegnarsi ad amare, stimare e curare il marito e ad obbedirgli secondo la legge'. Segue la promessa scambievolmente che le parti osserveranno il contratto, facendo, pagando e compiendo il tutto com'è scritto: e la promessa è rafforzata da un giuramento nel nome della santa trinità e garantita dalla reciproca costituzione d'ipoteca, che ciascuna di essa fa di tutti i propri beni presenti e futuri.

Dell'atto, firmato dai contraenti e dai funzionari pubblici, vengono redatte due copie, che si consegnano a ciascuna delle parti.

Le rassomiglianze che corrono tra questo documento e gli altri tanto più antichi, esaminati sin qui, appariscono innanzi tutto in ciò, che le tavole nuziali sono anche qui stipulate tra lo sposo e la madre della sposa. Similmente, mentre il marito assume l'obbligo di provvedere al mantenimento della moglie, la donna promette di onorarlo e di obbedirgli. Effetto però dello spirito cristiano che sovrano domina su tutto il contratto, è una maggiore accentuazione dei doveri positivi della donna, cui s'aggiunge quello di amare e curare il marito ¹⁾. Scomparse sono invece le clausole relative alla proibizione del concubinato, essendosi il concetto della fedeltà coniugale, sotto l'influenza delle dottrine cristiane, rafforzato al punto da non sentirsi forse più il bisogno o anzi da sembrare indecorosa, di fronte alla santità del vincolo, la menzione di cosiffatti divieti. Nè più di divorzio o di

¹⁾ Nei contratti bizantini si ha come un ritorno alle formule dei contratti tolemaici, nei quali gli obblighi dei coniugi sono con molta cura enumerati, mentre nei contratti del periodo romano tutte le proibizioni, i patti, i doveri relativi ai rapporti morali e per lo innanzi singolarmente dichiarati, vengono riassunti in una formula unica e generica.

separazione si fa cenno, effetto anche questo di quelle teorie cristiane a cui le parti mostrano di essersi ispirate, rinunciando forse o quanto meno non approfittando di quella sconfinata libertà di divorzio che in quel tempo imperava. Sicchè nè alla restituzione della dote, nè agli altri effetti patrimoniali derivanti dallo scioglimento del matrimonio si allude in alcuna guisa. Anche qui, da ultimo, si trova la menzione della verginità della sposa: e quale significato possa attribuirsi a siffatta qualità, si dirà tra breve.

Più profonde sono le differenze per quel che s'attiene agli apporti dei coniugi. Questi sono costituiti, per parte della donna, dalla dote rappresentata da cento monete d'oro in oggetto e vesti; per parte del marito, da un ἀρραβών di 14 monete d'oro e da un ἰσόποικον di cento. La dote è data evidentemente dalla madre della sposa, con cui Megas stipula l'istromento dotale: oltre ad essa non risultano recati beni parafernali.

Dei due apporti dello sposo, il primo è costituito dall'*arrha sponsalicia*: e che essa provenga da lui non può mettersi in dubbio, non ostante la lacuna che il papiro presenta, perchè con tutta chiarezza vi si afferma che le 14 monete d'oro dovranno formare un *lucrum nuptiale* (κέρδος) della moglie¹⁾. Nè essa è data nel momento stesso in cui l'atto è stipulato²⁾: se l'istromento è insieme atto di matrimonio e tavole dotali (γαμικὰ καὶ προίκα συμβόλαια), è evidente che l'*arrha* doveva essersi consegnata prima, al tempo degli sponsali. La menzione che se ne fa ora non ha altro scopo, che quello di confermare l'acquisto fattone dalla donna.

Più cospicuo e di diversa natura è il secondo apporto dello sposo, l'*ἰσόποικον*. Costituito da una somma di danaro corrispondente al valore complessivo degli oggetti formanti la dote, esso è evidentemente recato nel matrimonio nell'atto stesso con cui l'istromento è stipulato, ed è ben distinto dall'*arrha sponsalicia*. Di esso però non è detto che formi un lucro della donna. Il che è in perfetta armonia con le regole giuridiche a noi note³⁾. Ora la disposizione ad esso relativa,

¹⁾ Così anche il MITTEIS in una nota al papiro in CPR. I, p. 148. Il RÉVILLOUT, *Précis* I, p. 1143, ha letto male la nota e interpretandola a rovescio, ha attribuito al Mitteis una opinione perfettamente opposta.

²⁾ In questo senso il RÉVILLOUT, p. 1147, secondo il quale Megas assicura alla sposa una somma, su cui le rimette intanto le 14 monete d'oro dell'*arrha*.

³⁾ Cfr. la citata nota del Mitteis.

mentre conferma le notizie tramandateci dal libro di diritto siro-romano e permette di controllare la esattezza delle affermazioni contenute nei mss. più recenti, si rileva appunto col contenuto di una vera e propria *donatio propter nuptias*.

Lo specchio orientale nel ms. P. afferma, com'è noto, la esistenza di un diverso uso nelle regioni occidentali e nelle orientali dell'Impero, perocchè mentre in quelle il marito soleva recare in matrimonio, come dono, beni di ugual valore di quelli recati dalla donna in dote, in queste ciò che recava il marito riducevasi alla metà:

§ 40¹⁾. *De sponsalibus mulierum*. Praecipunt νόμοι regum fidelium: si cui sponsa est mulier vultque eam ducere, quidquid ipsa secum affert viro ex domo patris sui describitur in φερνῇ. Describitur autem in δωρεᾷ quidquid vir affert et dat uxori, secundum id quod inter partes convenit. Eruntque pacta in medio: sive aurum, sive fundum, sive vestem, sive pecuniam, sive servum, sive iumentum, sive equos, sive camelum, sive gregem pecorum – in quaque regione iuxta νόμον suum – ita afferunt mulieres φερνὰς. In civitatibus autem regni et omnibus provinciis occasus solis hic est mos, ut quantum uxor ex omni praedio suo et omnibus γένεσιν et omnibus (aliis) rebus, tantum vir uxori debeat conferre in δωρεᾷ, quam scribit ei. Et si centum δναρίων res affert uxor, centum δναρίων res scribit ei (vir) in δωρεᾷ: et si pluris, pluris: si minoris, minoris: et sic pariter conferunt invicem sibi (uxor) in φερνῇ et vir in δωρεᾷ. In territorio vero imperii Orientis alius est mos. Est autem eiusmodi, ut si uxor in φερνῇ centum δναρίων res conferat, vir dimidiam partem conferat, i. e. quinquaginta.

La disposizione manca nel testo L., il solo dal quale possano trarsi deduzioni certe pel diritto antegiustiniano; e si rinviene solamente negli altri due mss. Ar. e Arm. (§ 51 e § 45). Ma, com'è noto, Giustiniano tradusse in legge l'uso, prescrivendo con la nov. 97 che la *donatio propter nuptias* bilanciassero sempre la dote. L'uso era dunque precedente all'imperatore; e ad esso si attengono gli sposi del nostro documento. L'ισόποιστον corrisponde evidentemente al δωρεᾷ dello spec-

¹⁾ Tanto di questo che degli altri passi più oltre richiamati dello specchio riferisco il testo nella traduzione del FERRINI, *Beiträge zur Kenntnis des sog. röm.-syr. Rechtsbuchs* in *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, XXIII, 1902, p. 101 agg.

chio orientale, alla *donatio propter nuptias* della novella imperiale. Nell'occidente pertanto, ove una tale consuetudine, divenuta poi legge, imperava, ἰσόπριον, προγαμιαία δωρεά, ἀντίφερον e *donatio propter nuptias* non sono che una cosa sola, l'apporto dal lato del marito di un capitale corrispondente alla dote e destinato come questa ai bisogni del matrimonio.

Che una tale consuetudine impedisse i matrimoni tra persone di condizione diversa, è naturale ed è anche giustificabile il concetto che dovè farla sorgere. Nè sembra ora, di fronte a questo documento, accettabile la congettura del Bruns ¹⁾, secondo il quale potevasi, qualora lo sposo non possedesse un patrimonio uguale alla dote, *promettere la donatio*, per modo che essa figurasse durante il matrimonio nelle mani del marito. I termini che nei mss. P. e Ar. sembrano al Bruns autorizzare la congettura (so *verschreibt er ihr*) non si prestano ad immaginare una promessa in luogo di una effettiva consegna della *donatio*. Sarebbe stato codesto, troppo facile mezzo per deludere una disposizione di legge: e il CPR. I, 30, ove l'ἰσόπριον è effettivamente recato e consegnato dallo sposo, è la miglior prova che una promessa non sarebbe stata sufficiente, se fatta, come si suppone, in frode della legge.

Ma oltre a questi un terzo apporto sembra sia fatto dallo sposo. Tra l'ἀρραβών e l'ἰσόπριον si nota infatti nel documento il principio d'una parola. δωρεν..., che devesi leggere δωροφορίας. Il termine non è tecnico, nel linguaggio giuridico. Ma egli è altrettanto certo che con esso non si allude nè all'ἰσόπριον che segue dopo, e neppure all'*arrha* che lo precede. Dell'*arrha* è detto infatti a suo luogo l'ammontare, aggiungendosi ch'essa forma un lucro della donna: le sigle invece che seguono il δωρεν... denotano con tutta evidenza che si tratta di una somma o d'un valore diverso, e la ripetizione del κέρδος, che anche questo forma un lucro della sposa. Ora, ponendo in relazione tutto ciò con la menzione dello stato verginale della sposa, che poco dopo vien fatta, è legittimo e direi anzi necessario pensare che qui s'abbia un δωρητρον, ossia un ulteriore dono dello sposo fatto in contemplazione appunto di quello stato di verginità. Il *theoretrum* era in certo modo un *pretium virginitalis*, che lo sposo dava alla donna all'in-

¹⁾ *Syr.-röm. Rechtsb.* p. 296.

fuori dei προγαμίαα δωρεά o dell' *hypobolum*¹⁾, e spettava alla donna appunto quando era vergine²⁾.

Un ultimo documento devesi finalmente rammentare, in ordine alla questione della dote fittizia. Il Wessely, affermando che il contratto dotale è in Egitto concepito sempre come un prestito fittizio, aggiunse che talora esso trovasi anche sotto forma di deposito fittizio, e addusse come esempio di tal contratto il CPR. I, 29³⁾. L'atto, dell'a. 184 d. C., è infatti un deposito di 800 dramme, che una tale Isidora, giovane di 18 anni, consegna ad Harpocraton di 20 anni, col patto ch'egli glielie restituisca ad ogni richiesta, senza alcuna dilazione, e senza tuttavia assumere alcun rischio o responsabilità in proposito. Al momento della consegna Harpocraton dichiara di ricevere non 800 dramme, ma 808, e la differenza fu dal Wessely spiegata come rappresentativa delle spese dell'atto. Ora non è escluso che talvolta la dote potesse essere velata sotto le parvenze di altro contratto. Che anzi, siccome risulta da vari papiri, fu frequente presso i soldati romani in Egitto l'uso di nascondere la costituzione della dote sotto la forma di un deposito o di un prestito che la donna avrebbe fatto allo sposo, per sfuggire alla nullità comminata alle doti costituite nel matrimonio militare. Gli è appunto una dote il deposito che si dice fatto nel papiro BGU. I, 114 dell'a. 117, mediante un ripiego che il magistrato scopre e che conduce alla nullità voluta appunto evitare: dote è il deposito ricordato in BGU. III, 729 dell'a. 144⁴⁾. Ma nel nostro documento pensare ad un contratto matrimoniale o a qualcosa che abbia con esso relazione, nulla autorizza: non il minimo accenno, all'infuori dell'età e della qualità dei contraenti, che senza dubbio ben si prestano a far di loro due sposi, ma che pur sembra troppo poco per accogliere quella congettura. A respinger la quale induce anche la diversità della somma che devesi restituire, e che

¹⁾ ZACHARIAE, *Gesch. des gr.-röm. Rechts*, 3 Aufl. p. 98.

²⁾ *Harmonop.* IV, 13 (10), 3: 'Η παρθεύουσα ἔχει τὸ δωρητήριον διὰ τὴν τιμὴν τῆς παρθεύουσας· ἡ δὲ χήρα οὐκ ἔχει αὐτό, ἀλλὰ τὸ συμφωνηθέν ὑπόβolum καὶ τὸν ἀρραβῶνα.

³⁾ *Verhältnisse*, p. 62 — Cfr. anche RÉVILLIOUT, *Précis* II, p. 1139.

⁴⁾ Particolarmente importante su questo punto è il ben noto papiro Cottaoui, illustrato e commentato tra gli altri dallo SCIALOJA, *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* VIII, 1895, p. 155 sgg. Il testo di esso è stato nuovamente ridato dal suo primo editore, il BOTTI, in *Bull. de la Soc. d'arch. d'Alexandrie*, 1902, p. 108 sgg.

male si spiega colla supposizione delle spese. Più naturale è indubbiamente la spiegazione che viene dal documento così com'esso si presenta; e più ragionevole quindi è il pensare che le 8 dramme rappresentino una specie di interesse o compenso che il depositario dà per l'uso ch'egli farà del denaro fino a che rimarrà presso di sé; a meno che non si ritenga che la prima cifra di 800 sia un errore e che l'ὄκτω sia rimasto nella penna dello scrivano.

Il matrimonio scritto e il matrimonio non scritto.

Tutti i contratti fin qui esaminati, e come essi anche gli altri che si vedranno tra breve, ci presentano applicato il regime dotale. Questa constatazione di fatto sarà il fondamento su cui poggeranno le ulteriori indagini, per fissare i caratteri che distinguono l'ἄγραφος dall'ἔγγραφος γάμος.

I risultati cui son pervenute le ricerche altrui e principalmente quelle del Mitteis¹⁾ si possono così riassumere. Le due forme di matrimonio, scritto e non scritto, vigenti nell'Egitto non si differenziano tra loro per l'elemento della scrittura, perocchè anche l'ἄγραφος γάμος può essere ed era anzi normalmente consacrato in un documento. La redazione scritta del contratto nuziale non è pertanto da assumersi rigorosamente alla lettera, ma piuttosto nel senso ch'essa nell'ἄγραφος γάμος non giunge al punto e non ha gli estremi necessari per l'ἔγγραφος. Matrimonio perfetto è soltanto quest'ultimo: esso è un contratto solenne, col quale le parti stabiliscono in modo duraturo la loro vita coniugale e provvedono al regolamento dei rapporti patrimoniali e in particolare alla costituzione della dote²⁾. Meno perfetto è invece il matrimonio non scritto, che, pur accompagnato da un atto scritto, non conduce che alla costituzione di un rapporto provvisorio di convivenza. Ma con ciò l'ἄγραφος γάμος non è ancora concubinato: matrimonio

¹⁾ *Archiv f. Pap.* I, p. 343 sgg.

²⁾ Cfr. anche WILCKEN, *Arch. f. Pap.* I, p. 487-488, pel quale il termine tecnico designante il matrimonio scritto sarebbe forse il *συνοικισιον*, con che sarebbe denotata la convivenza dei coniugi sotto il medesimo tetto, elemento rigorosamente necessario dell'ἔγγραφος γάμος. V. HUNT, *Oxy.* II, in nota al pap. 263, l. 11.

legittimo come l'altro, se ne differenzia per la durata e più ancora per minori e più imperfetti diritti che ne sorgono in confronto della prole e del diritto ereditario. Dal CPR. I, 18 infatti si rileva che il figlio εἰς ἀγρᾶφον γάμων non aveva il diritto, durante la vita del padre, di far testamento e quindi di escludere quello dalla successione. Dalla ben nota petizione di Dionysia (Oxy. II, 237)¹⁾ che alla figlia nata εἰς ἀγρᾶφον γάμων e maritata ἀγρᾶφως non potesse il padre sciogliere il matrimonio; dal che discende che lo potesse almeno nel caso di figlia nata εἰς ἀγρᾶφον γάμων e maritata ἀγρᾶφως. Da ultimo, ma in via più dubitativa, fu affermato che ἡ ἀγρᾶφος γάμος costituisse la preparazione all'ἐγγραφος, trasformandosi in questo forse dopo l'esperimento di un anno²⁾ e dopo la prova che la sposa non era sterile.

A confermar questi risultati il Mitteis invocò talune disposizioni di diritto bizantino, nelle quali si trova ancora il ricordo di quella distinzione. E più decisamente v'insistè poi il Brassloff³⁾, che applicò le sue ricerche esclusivamente alla figura dell' ἀγρᾶφος γάμος nel libro di diritto siro-romano, accettando integralmente quei risultati e dimostrando come anche per lo specchio orientale l'ἀγρᾶφος γάμος non fosse già un rapporto duraturo, ma piuttosto come uno stadio transitorio e passeggero, rappresentante una condizione che precede all'ἐγγραφος γάμος.

Della duplice forma si ha infatti menzione nell' Ecloga e nello specchio orientale. Secondo l' Ecloga⁴⁾ il matrimonio, tra cristiani, può contrarsi o nella forma scritta o in quella non scritta: συνίσταται μνηστειν (γάμος) χριστιανῶν, εἴτε ἀγρᾶφως, εἴτε ἀγρᾶφως μετὰ εὐ ἀνδρός τε γυναικός. L'ἀγρᾶφος γάμος si contrae là dove per deficienza di mezzi non si può stipulare l'istromento dotale: basta per contrarlo la benedizione in chiesa, la dichiarazione *inter amicos*, la *ductio in domum*.

¹⁾ Vedine la riproduzione, accompagnata da una versione latina del BONFANTE, in *Bull. dell'ist. di dir. rom.* XIII, p. 41 sgg.

²⁾ La teoria dell' 'anno di prova' si è fondata principalmente sul P. Par. 13 e sulla frase in esso contenuta: ἐν ἑαυτῷ συνοικασίου. Questa interpretazione in tal senso respingono gli editori inglesi degli Oxy. P. (v. la detta op. al pap 267), dovendo il συνοικασίου congiungersi piuttosto ad un συγγραφὴν o ad altra simile espressione. Nel che devesi tanto più convenire, se, come s'è accennato di già (v. la nota alla pag. precedente), la voce συνοικισίον o συνοικισίον è sinonimo di ἐγγραφος γάμος.

³⁾ *Zur Kenntnis des Volksrechts in den roman. Ostprovinzen*, p. 71 sgg.

⁴⁾ II, 3, 8; Ecl. priv. auct. II, 2; Ecl. ad Proch. mut. II, 16; Proch. auct. VII, 65.

L'ἔγγραφος invece si compie mercè il contratto dotale: in esso lo sposo dichiara d'aver ricevuto la dote e promette di consegnar tanto questa quanto la *donatio propter nuptias*, in qualunque momento e indennitate (ἀδιδάπτωτον καὶ ἀμείωτον)¹⁾.

Più notevole è la disposizione del libro di diritto siro-romano, riprodotta nei suoi quattro mss. (L. § 93, P. 41 *dis*, Ar. 52, Arm. 52) e attestante l'uso vigente presso alcuni popoli di non servirsi della forma scritta:

P. § 41 *dis*. Sunt autem populi complures, quibus non est mos instrumenta scribendi, quibus inter virum et uxorem utantur, quaeque vocantur *φερνή* et *δωρεά*. Sufficit vero eis id solum, ut in *παρρησία* spondeantur eis mulieres, quas coronant coronis gloriosis virginitatis et ita in gaudio et in pace ducunt uxores ab earum parentibus in domus suas. et hanc *παρρησίαν* admittunt νόμοι, tamquam *φερνάς*, quae scribuntur inter virum et uxorem. Et harum mulierum, quae sine *φερνή* sunt, filii heredes fiunt viris (earum), patribus suis, dummodo in *παρρησία* et in gaudio et in pace (coniuncti sint) iuxta νόμον totius regionis. Mulieres damnum sentiunt ideo quod non sunt eis *φερναί* et *δωρεά*. nam filii qui ex mulieribus istis, quas diximus, sunt nati, quamvis non habeant *φερνάς* eorum matres, parentum suorum heredes fiunt sicuti filii ex νόμῳ, quorum matribus est *φερνή*.

Il termine *παρρησία*, nel quale il Bruns²⁾ riscontrò il contrapposto della forma scritta, interpretandolo etimologicamente con 'oralmente', è dal Brassloff inteso invece nel senso di 'pubblicamente'. Respingendo quindi ogni confronto tra il diritto romano e il provinciale, che dal Bruns si era istituito (nè la corona della verginità sarebbe la *corolla* romana, nè il condurre la sposa in casa la *ductio in domum* romana, nè il consenso della donna un elemento del principio consensuale), egli nega la influenza di quello su questo. Osserva che la distinzione tra matrimonio scritto e non scritto si conserva ancora fino al tempo dell'Epanagoge (XVI, 1), secondo la quale per contrarsi un ἔγγραφος γάμος condizione essenziale è che la sposa sia vergine, non

¹⁾ BRASSLOFF. op. cit. p. 79. Cfr. DESMINIS, *Die Eheschenkung nach röm. und insbes. nach byzant. Recht*, Athen, 1897, p. 19 sgg.

²⁾ *Syr.-röm. Rechtsb.* p. 267.

consentendo il rito ecclesiastico della στεφάνωσις la legittimazione di un concubinato; e poichè anche nello specchio orientale si parla della corona della verginità, devesi anche per la Siria ammettere che l'ἄγραφος γάμος fosse possibile soltanto nel caso di verginità della sposa. Dal Prochyron (IV, 27) poi rilevasi che la incoronazione (στεφάνωσις) deve farsi pubblicamente (παρόντων πλειόνων): e questo elemento della pubblicità non può che corrispondere alla παρρησία del libro di diritto siro-romano. Se pertanto si coordinano questi dati dispersi qua e là nelle fonti, ne risulta che l'ἄγραφος γάμος era il matrimonio contratto pubblicamente, col semplice rito ecclesiastico, applicabile soltanto là dove la sposa era vergine; che esso è uno stato non di pura coabitazione e perciò illegittimo, ma al contrario legittimo, sebbene di durata limitata e provvisoria; e che infine appunto da tale stato si passa poi all'ἑγγραφος γάμος, matrimonio perfetto e non più limitato nel tempo.

Se codesti risultati sieno sicuri e senz'altro accettabili pel diritto bizantino e siro-romano, non è nostro compito ricercare. Essi non sono certo però tutti applicabili al diritto greco-egizio, meno che nell'ultimo punto, relativo ai rapporti di precedenza tra l'ἄγραφος e l'ἑγγραφος γάμος, nel quale indubbiamente le indagini del Brassloff giovano a rafforzare la congettura del Mitteis. La negata importanza dell'elemento della scrittura, siccome criterio distintivo tra l'una e l'altra forma, distruggerebbe infatti pel diritto greco-egizio l'unico criterio che separa le due forme di matrimonio. Nè, data la spiegazione del Brassloff, basterebbe per quest'ultimo l'altro criterio della verginità: come si vedrà tra breve di su i documenti stessi. questa non influisce punto sull'una forma o sull'altra, e se la spiegazione ch'io tenterò di darne non è errata, sarà facile constatare come l'ἑγγραφος γάμος potesse aversi tanto con la vergine, quanto con la donna che più non è tale, e legittimo supporre che lo stesso avvenisse per l'ἄγραφος.

Il punto fondamentale donde devonsi prendere le mosse, e nel quale si è tutti d'accordo, è questo: che l'ἑγγραφος γάμος esige il documento scritto e più propriamente un contratto dotale. Il quale si immedesima tanto col contenuto suo proprio che è la dote, da venir poi chiamato esso stesso φερνή.

Or qual'è il contrapposto logico e naturale d'un matrimonio che s'identifica per la presenza della dote e del contratto dotale?

La risposta al quesito è data implicitamente, col riconoscersi che l'ἄγραφος γάμος è quello in cui la dote non interviene, quando si rifletta che la costituzione della dote non si fa se non mediante un regolare istromento. Già lo specchio orientale nei §§ 35 e 36 del ms. L., ai quali il Mitteis fa richiamo, pone abbastanza nettamente la distinzione tra i due matrimoni. Quei §§ corrispondono ai seguenti del ms. P.:

P. § 15. *Quomodo heredes fiunt filii ex diversis mulieribus.*
Si is, qui filios habet ex uxore natos quam sine φερνή duxit, διαθήκην scribere velit et heredes hos filios suos facere ex uxore natos sine φερνή, permittit id ei νόμος et licet ei quomodo vult scribere.

P. § 16. *Quomodo fiunt heredes filii uxorum cum φερνή et sine φερνή.* Si habuerit vir duas uxores, quarum prior ¹⁾ fuerit sine φερνή ex qua filios habuerit et altera legitime ei iuncta fuerit habens φερνήν, habueritque ex hac quoque filios, licet ei heredes eos (omnes) aequaliter facere.

Della moglie recante la φερνή si dice ch'essa è *viro legitime iuncta*; dal che non deve trarsi la conseguenza che quella sine φερνή sia moglie illegittima, ma soltanto che il matrimonio della prima forma è il matrimonio perfetto, quello che produce appieno tutte le conseguenze *legali*.

Ora, già da queste stesse testimonianze sarebbesi potuta trarre la soluzione del problema. La distinzione infatti che il Mitteis trova corrispondente a quella tra ἔγγραφος ed ἄγραφος γάμος, si basa appunto sulla presenza o meno della φερνή, che indica a un tempo la dote e l'istromento dotale. Se pertanto le due distinzioni co'incidono, è inevitabile attribuire ai due termini di ἄγραφος ed ἔγγραφος il valore che loro filologicamente spetta. Degli atti che si compiono tra privati è naturale, o almeno normale, che si scrivano quelli che hanno un contenuto economico; e contratti matrimoniali puri e semplici, senza un siffatto contenuto, i papiri non hanno dato ancora. Nè è logico ammettere che a designar due forme diverse di matrimonio siensi adibiti termini, che con tanta chiarezza alludono all'elemento della scrittura,

¹⁾ Le due mogli non coesistono contemporaneamente, ma s'intendono succedere l'una all'altra. Cfr. FERRINI, *Zeitschr. der Sav.-Stift.* XXIII, p. 107.

quando di questa non dovesse poi tenersi alcun conto. La coincidenza dunque è completa e perfetta: ἑγγραφὸς γάμος è il matrimonio scritto, accompagnato cioè dall'istromento dotale; ἄγραφος quello non scritto e per conseguenza contratto senza costituzione di dote ¹⁾.

A questa, che è l'unica spiegazione accettabile, si è opposto come argomento perentorio la contraddizione in termini, che da taluni documenti sorgerebbe e per la quale l'ἄγραφος γάμος sarebbe anch'esso scritto.

Ma l'esame dei papiri dimostrerà che nulla da essi risulta di ciò, e che non dai nostri contratti matrimoniali è smentita la notizia di Damascius ²⁾.

L'attestazione che è parsa forse più decisiva è quella contenuta in Oxy. II, 267, là dove gli sposi dichiarano di essere uniti in matrimonio ἄγραφος: 'Ἐπεὶ δὲ συνέσμεν ἀλλήλοις ἀγράφῳ[ς]. E senza dubbio, se una tale dichiarazione si riferisse ad un matrimonio contratto con istromento dotale, la prova che l'ἄγραφος γάμος era anch'esso scritto non potrebbe esser più luminosa. Ma noi abbiamo già dimostrato più sopra che cosa sia l'atto contenuto in quel papiro: nulla quindi di più naturale che, contraendosi un prestito tra due coniugi maritati ἀγράφως, il prestito venisse secondo l'uso normale ridotto in iscritto. Che se pur non si accogliesse la ipotesi da me formulata, questo riman certo che l'atto non è un contratto matrimoniale e che quindi il συνέσμεν ἀγράφως non può riferirsi ad un matrimonio che sia contratto con quell'istromento. La congettura degli editori inglesi, ch'esso si riferisca alla dote di Saraeus, presenta obiezioni altrettanto gravi quanto l'altra della dote fittizia. Sicchè, qualunque sia la natura del rapporto speciale che tra Saraeus e Tryphon si costituisce per le 72 dramme, dovendosene escludere il rapporto dotale, la pretesa *contradictio in adiectio* non esiste. Che anzi, pur quando di questo si trattasse, a dimostrare che l'ἄγραφος γάμος era anch'esso scritto, dovrebbeasi quanto meno provare che il matrimonio tra Tryphon e Sa-

¹⁾ Identica terminologia si trova adoperata per gli sponsalia in Harm. IV, 1, 2: Μνηστεία ἐστὶν ἡ τῶν μελλόντων γάμων ἐπαγγελία καὶ ἑγγράφως καὶ ἀγράφως μνηστεία λέγεται συνίστασθαι.

²⁾ PHOTIUS, *Bibl.* 242, p. 338 B ed. BEKKER: (παρὰ τοῖς Ἀλεξανδρεῦσιν) οὐκ ἦν γνήσιος ὁ γάμος, εἰ μὴ ὁ ἱερεὺς ὁ τῆς θεοῦ ἐν τοῖς γαμικοῖς συμβολαίοις ὕψιστον μῆνατο χειρὶ τῇ ἑαυτοῦ.

raeus - poichè il pap. 267 non è atto di matrimonio - sia stato contratto mediante un istromento; e questa prova non si ha.

Tolto pertanto di mezzo l'unico documento che poteva dare origine a dubbi, gli altri non sono che luminosa conferma della mia affermazione. E incominciamo dal più antico, il BGU. I, 251, un contratto di matrimonio datato dal 30 marzo 81 d. C.:

[Ἔτους τρίτου Αὐτοκράτορος Τίτου Καίσαρος Οὐ]εσπασιανου[ῦ Σεβαστοῦ, μην]ος
Διασίου τετράδι, Φαρμο[ῦ]θι δ' ἐν τῇ Σοκνοπα[ί]ου Νήσου τῆς Ἡρακλείδου
μερίδος τοῦ

[Ἀρσινόου νομοῦ. Ὁμολογεῖ Στοτοῆτις] Τε[σε]νούφιος[ς] τοῦ Τεσενούφιος Π[έ]ρ-
ο[η]ς τῆς ἐπιγ[ο]νής [ὥς ἐτ]ῶν τεσσ[α]ράκ[ο]ντε[α] ἐν[δ]ος οὐ[λ]ῆ μ[ε]τ[ε]ώπῳ
[ἐγ] δεξι[ῶν] τ[.]ρον

..... Πανεφρίμ[ε]ως μέρους
καὶ ἀπαντι δεξι[ῶ]ν ἐ[χ]ε[ι]ν παρ' αὐτῆ[ς] τὸν ὁμολογούντα πα[ρα]χρήμα
δ[ιὰ] χειρὸς ἐξ οἴκου

[ἐφ' αὐτῇ φερνὴν ἀργυρίου κεφαλαίου δραχμὰς εἴκοσι· συμβ[ι]ούτωσαν οὖν
ἀλλήλοις] ὁ τε <δ> Στο[το]ῆτις (l. Στοτοῆτις) καὶ ἡ Τανεφρίμμος καθὼς
καὶ προεγ[ά]μουσαν ἀμεμφιμοιρήτως, καθότι καὶ

[πρότερον τοῦ ὁμολογούντος ἐπιχορηγοῦντος] αὐτῇ τὰ θέοντ[α] πάντα καὶ τὸν
ἐμ[μ]ατισμὸν καὶ τὰ ἄλλα, ὅσα καθήκει γυναικὶ γαμετῇ κα[τά] δύνανιν τοῦ
βί[ο]υ· [ἐ]άν δὲ διαφορὰς

[γενομένης χωρίζονται ἀπ' ἀλλή]λων ἀποδοῦναι [Στοτοῆτιν τῇ Τ]ανεφρίμμι
τῇ[ν] φερ[ν]ὴν ἀ[ρ]γυρ[ί]ου δραχμὰς ε[ἰ]κοσι δ[ύ]ο ἡμ[έ]ραις ἐ[ξ]ή[κο]ντα,
[ἀ]φ' ἧ[ς] ἐ[άν] [ἀ]ναιτήσῃ· [ἐ]άν

[δὲ μὴ ἀποδῇ] ἀποτισάτω μεθ' ἡμιολία[ς] ὁ ὁμολογῶ[ν], τῆς
πράξεως οὐσης τ[ῇ] Τανεφρί[μ]μι ἐκ τε τοῦ Στοτοῆτιος καὶ ἐκ τῶν
ὑπαρχ[όν]των αὐτῇ πάν-

[των καθάπερ ἐκ δίκης, μενούσης δὲ ἐπὶ χ]ώρας τῆς συγγραφῆ[ς] ταύτης
ἀπερίλυτον εἰ[ν]αι.

Il seguito del documento non interessa le nostre ricerche attuali ¹⁾. Stotoeti e Tanefrimmi erano già uniti quando quest'atto veniva stipulato. Ma che specie di unione era dessa? Ad una pura coabitazione di fatto non è lecito pensare. Gli sposi infatti non accennano ad una

¹⁾ Ne ho del resto già fatto cenno innanzi a proposito del pap. BGU. I, 183.

semplice convivenza antecedente, ma col termine *προεγγάμουσαν* alludono ad una vera e propria unione matrimoniale. Se dunque il rapporto sin lì esistente tra loro non è un rapporto di concubinato, ma il matrimonio, e se è vero che l'*ἄγραφος γάμος* abbia rappresentato un periodo di esperimento che precorre la costituzione del vincolo matrimoniale più perfetto (sebbene non necessario, come non necessariamente l'*ἄγραφος* si trasforma in *ἑγγραφος*), noi abbiamo un *ἄγραφος γάμος* che mediante l'atto in esame, cioè in forza delle tavole dotali, si trasforma in *ἑγγραφος*. A designar per *ἄγραφος* il matrimonio concluso nell'81, niun elemento nè formale nè sostanziale induce; tutto invece concorre a dimostrare il contrario.

Identica è la situazione in CPR. I, 28, dove al precedente matrimonio non scritto si accenna quando degli sposi è detto ch'essi son già *γεγαμηκότες*, e in BGU. I, 183, contenente l'atto di matrimonio dei germani Oro ed Erieta: anch'essi risultano già uniti precedentemente in matrimonio, e questo non poteva essere altro se non l'*ἄγραφος*. La presenza della dote rende ora possibile la trasformazione del matrimonio da *ἄγραφος* in *ἑγγραφος*, ed è causa ed occasione alla stipulazione di quell'istrumento.

Di poco posteriore - 24 dicembre 98 - e anch'esso *ἑγγραφος* è il matrimonio contenuto in BGU. I, 252:

[Ἀντίγραφον συνγραφοδιαθήκης. L (ἔτος) δευ[τέ]ρου Αὐ[το]κράτορος Καίσαρος Νέρουα Τραϊανοῦ Σεβαστοῦ
[Γερμανικ]οῦ μὲνός Περιτίου κῆ [Χ]οίακ κῆ ἐν Πτολεμαίδι Εὐεργέτιδι τοῦ Ἀρσινόιδου νομοῦ ἐπὶ Ἰουλ(ίας)
[Σεβαστῆς]. Ὁμολογεῖ Σαταβούς Στεσιή[ος] Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς ὡς L μ εὐμεγέθης οὐλῇ δ[α]κτύλῳι
[.....χ]εῖρὸς ἀριστερᾶς τῇ προσύσῃ καὶ συν[ο]ύσῃ αὐτῷι [γ]υναικὶ Τααρπαγᾶθῃ Τασενοῦφως [ὡ]ς L κε οὐλ(ῇ)
[.....].ι δεξιῷι μετὰ κυρίου τοῦ ὀμ[ο]πα[τρί]ου καὶ ὀμ[ο]μητρίου ἀδελφοῦ Στοτοήτιος ὡς L λγ οὐλ(ῇ) ἀντικνημῖφ δεξιῷ
[ἔχειν παρ'] αὐτῆς ἐφ' ἐαυτῇ φερνὴν δ[ι:]ὰ χειρ[ὸ]ς ἀργυρίου δραχμᾶς ἑκατόν· μένειν οὖν αὐτοῖς τὴν συμβίωσιν
[ἀμέμπτως, κ]αθότι καὶ πρότερον· ἐὰν δ[ὲ] διαφορᾶς [α]ὐτοῖς γενομένης [χ]ωρίζονται ἀπ' ἀλλήλων, ἀποδό[τ]ω ὁ Σαταβ(οῦς)
[Τααρπαγᾶ]θῃ τὰς [τῆ]ς φερνῆς ἀρ[γυ]ρίου δραχμᾶς ἑ[κ]ατόν, ἐπὶ μὲν τῆς ἀποπομπῆς παραχρήμα, ἐπὶ δὲ τῆς ἐκουσι-

[ας ἀπαλλαγῆς] ἐν ἡμέραις τρι[ά]κοντα, ἀφ' ἧς [ἐὰν] ἀπα[ι]τ[η]θῇ· ἐάν δὲ
μὴ ἀποθῇ, καθὰ γέγραπται, τὴν πρᾶξιν εἶ[ναι]
[Τααρπαχά]θῃ εἰς [x] τα τοῦ Σαταβού[τ]ος καὶ ἐκ τ[ῶ]ν ὑπαρχόντων αὐτῷ
πάντων καθ' ἑκάστην ἐγ [δ]ίκη[ς]. Παροῦσα

I termini προύση καὶ συνούση, la frase μένειν οὖν αὐτοῖς τὴν συμβίωσιν καθότι καὶ πρότερον, che di per sé soli potrebbero indicare un semplice stato di convivenza anteriore, assumono, confrontati coi precedenti documenti, il significato non dubbio di una unione matrimoniale, dell' ἄγραφος γάμος.

Ora, è egli esatto l'ultimo risultato della più recente indagine storica, che cioè l'elemento della scrittura non fosse in Egitto un *essentielle negotii* nel matrimonio? La notizia di Damascius non è punto battuta in breccia dai nuovi documenti. Essa, con l'attestare che il matrimonio perfetto è quello consacrato ἐν τοῖς γαμικοῖς συμβολαίοις, mantiene tutto il suo valore e viene anzi confermata dai risultati delle nostre indagini: è il matrimonio perfetto quello di cui egli parla; l'altro, ἄγραφος, era appunto meno pieno in quanto non accompagnato dall'istromento dotale, e perciò non scritto ¹⁾.



Il duplice requisito delle tavole dotali e della consumazione fisica del matrimonio che in Egitto si richiedeva, è in diretta opposizione col principio imperante nel diritto romano, dove il matrimonio si fonda tutto ed esclusivamente sul consenso. Questo principio, rimasto sempre pacifico nel diritto di Roma, si vede però ad un certo punto dello svolgimento del diritto imperiale affermato con una strana insistenza e in una forma più di negazione di principii contrari, anzichè di pura affermazione di quello vigente. Dell'elemento fisico del concubito Ulpiano, l. 30 D. de R. I. scrive: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* (= l. 15, in p. D. 35, 1 e l. 30 D. 50. 17). E altrove (l. 32

¹⁾ Molto suggestiva è una disposizione contenuta nel Codice di Hammurabi, la prima del gruppo degli articoli relativi al matrimonio (§ 128, trad. di BONFANTE, p. 21): 'Se alcuno prende una moglie, ma non conchiude un contratto con essa, questa donna non è moglie'. Tuttavia io non intendo di trarne qui senz'altro delle conseguenze dirette.

§ 13 D. 24, 1) accennando all'affetto maritale: *non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*¹⁾. Ma assai più frequenti e più caratteristiche sono le dichiarazioni rispetto all'altro elemento delle tavole nuziali, dichiarazioni che, a prescindere dal testo di Papiniano - l. 31 pr. D. 39, 5: '*neque enim tabulas facere matrimonium*' - ricorrono principalmente nelle costituzioni imperiali:

c. 22 *de nuptiis* 5, 4. *Imp. Theodosius et Valentinianus Hicrio pp.* Si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus aestimet ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri, inter pares honestate personas nulla lege impediende consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.

c. 11 pr. *de repudiis* 5, 17. *Imp. Iustinianus Hermogeni mag. off.* Iubemus, ut, quicumque mulierem cum voluntate parentum aut, si parentes non habuerit, sua voluntate maritali adfectu in matrimonium acceperit, etiamsi dotalia instrumenta non intercesserint nec dos data fuerit, tamquam si cum instrumentis dotalibus tale matrimonium processisset, firmum coniugium eorum habeatur: non enim dotibus, sed adfectu matrimonia contrahuntur.

Nov. XXII c. III. *Imp. Iustinianus.* Nuptias itaque affectus alternus facit dotalium non egens augmento. Cum enim semel convenerit seu puro nuptiali affectu sive etiam oblatione dotis et propter nuptias donationis *et rel*²⁾.

Ora codesta insistenza nel negare qualsiasi valore di requisito essenziale alle tavole dotali (come quella nel negarlo alla consuma-

¹⁾ Cfr. *Harm.* IV, 4, 19.

²⁾ Cfr. *Harm.* IV, 4, 14. — I seguenti testi si riferiscono più particolarmente al requisito della scrittura, in quanto serve come prova del seguito matrimonio: c. 9 *de nuptiis* 5, 4 « Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem »; c. 13 *ead.* « Neque sine nuptiis instrumenta facta matrimonii ad probationem sunt idonea diversum veritate continente, neque non interpositis instrumentis iure contractum matrimonium irritum est, cum omissa quoque scriptura cetera nuptiarum iudicia non sunt irrita ». Cfr. l. 7 § 1 D. 23, 1. — V. anche pel diritto bizantino la disposizione di Leone e Costantino, cfr. ZACHARIAE, *Gesch. des gr.-röm. Rechts*, p. 72.

zione fisica del matrimonio) non può essere al tutto fortuita, ed è anzi molto probabile dipenda da un tentato infiltramento degli elementi greco-egizi nel diritto romano. L'uso delle tavole nuziali dovè infatti, con lo espandersi dalla provincia greco-egiziana, apparire a poco a poco sotto l'influenza del diritto provinciale così importante, da far sorgere il dubbio che non potesse esistere matrimonio perfetto nell'impero senza tavole nuziali e costituzione di dote. Contro la nuova tendenza sentirono il bisogno di opporre un argine gl'imperatori romani, dichiarando esplicitamente la non necessità della dote e confermando il principio del consenso. La congettura confermerebbe, in tal guisa, la ipotesi formulata dal Mitteis¹⁾ che le cc. 10 e 11 *de natur. liberis* 5, 27 non si riferiscano al concubinato, ma ad un rapporto come il matrimonio non scritto egizio e siro. A prescindere da altri notevoli punti di contatto tra l'ἄγραφος γάμος e la unione cui in esse si allude, il più saliente tra gli elementi di confronto è che, a rendere il matrimonio perfetto (e, secondo Giustiniano, legittimo), si provvede mediante la stipulazione degl'istromenti dotali: col che si legittima e si rende pienamente regolare la posizione dei figli procreati innanzi.

Il divorzio e la restituzione della dote.

La illimitata libertà di divorzio è il carattere che più spiccatamente predomina nel matrimonio del diritto greco-egizio. Il vincolo coniugale si scioglie non solamente per mutuo consenso, ma anche per la sola volontà d'uno dei coniugi: abbandono della casa maritale da parte della moglie (ἐκουσία ἀπαλλαγή), allontanamento di costei per opera del marito (ἀποπομπή).

Effetto di esso è la restituzione della dote da parte dello sposo, in un termine normale di 30 giorni (10 giorni in Tebt. 104) nel caso di divorzio per volontà della moglie; senza alcuna dilazione (in BGU. I, 251, tuttavia si ha un termine di 60 giorni!) negli altri casi. E similmente, se contro la dote vi fu *donatio propter nuptias* del marito, alla restituzione di questa si fa luogo da parte della moglie. A queste

¹⁾ Arch. f. Pap. I, 346-347.

provvidenze di natura patrimoniale si riferiscono tutti gli atti di divorzio pervenuti nei papiri, dei quali i più appartengono al periodo romano, uno al bizantino, mentre pel tolemaico non se ne hanno esempi.

Semplice restituzione della dote contiene l'atto di divorzio Oxy. II, 266, dell'a. 96 d. C.:

Ἔτους ἑκαίδ[ε]κάτου Ἀυτοκράτορος Καίσαρος Δομιτιανοῦ Σεβαστοῦ
Γερμανικοῦ. μη(νός) Γε[ρμ]ανικοῦ ἐν Ὁξ(υρύγγων) πόλ(αι) τῆς Θηβαίδος.
ὁμολογεῖ Θαῆσις θῶνιος τοῦ Ἀμιθῶνιος μητρὸς(ς) Σινδῶ-
τος μετὰ κυρίου τοῦ πατρὸς Ὀννώφρι(ο)ς Ὀννώφριος[ς] τοῦ Παμ-
μένους μητρὸς Τααρθῶνιος τῷ γενομένῳ αὐτῆς ἀνδρὶ
Πετοσαράπῃ Θομπεκύσιος τοῦ Σαραπίωνος μητρὸς(ς) Σινδῶ-
νιος, πάντες ἀπ' Ὁξυρύγγων πόλεως, ἐν ἀγυί[α], ἀπέχειν
παρ' αὐτοῦ ἀργυρίου Σεβαστοῦ νομίσματος δραχμὰς τετρα-
κοσίας κεφαλαίου ὡς προσηνέγκατο αὐτῷ ἐφ' ἑαυτῇ ἐν φερνῇ
μ[ε]ταγγύου [τ]ῆς μητρὸς αὐτοῦ Σινδῶνιος Πετοσαράπιος τοῦ
[.]βι[.....] κα[τά] τῷ γγραφῇν συναικισίου διὰ τοῦ ἐν Ὁξυρύγγων
[πόλ(αι) ἀγορανό]μιου ταις ἐπαγομέναις τοῦ τεσσαρεσκαίδε-
[κάτου ἔτους Ἀυ]τοκράτορος Καίσαρος Δομιτιανοῦ Σεβαστοῦ
[Γερμανικοῦ, ἡ]ς τὴν ἐπίφορον αὐτόθεν ἀναδεδωκέναι αὐτῷ
[κεχιασμένῃν ε]ἰς ἀκύρωσιν ἕνεκα τοῦ [ἀν]αζυγῆν ([δι]αζογῆν?) τοῦ γάμου
[γενέσθαι, καί] μὴ ἐγκαλεῖν αὐτῷ μηδὲ ἐγκαλέσειν μηδὲ ἀπε-
[λεύσεσθαι μη]δὲ περὶ τῶν προκειμένων μηδὲ περὶ παρ-
[φέρων.....]ο ἀπεσχηκέναι μηδὲ περὶ ἄλλου μηδε-
[νός πράγματος] μέχρι τῆς ἐνεστῶσις[ς] ἡμέρας. καί[τις] αὐτὸς δὲ
[ὁ Πετοσαράπ]ος ὁμολογεῖ ἐν ἀγυίᾳ [τ]ῇ αὐτῇ μὴ [ἐ]γκαλεῖν
[μηδὲ ἐγκαλέ]σειν μηδὲ ἐπ[ελεύσεσθ]αι τῇ Θαῆσι[ς]
[μηδὲ τοῖς πα]ρ' αὐτῆς π[ε]ρὶ μηδεν[ός ἀπλ]ῶς μέχρι [τῆς
[ἐνεστῶσης ἡμέρας] στ[.]νπρ[.]

La sposa Thaesias, sciolto il matrimonio, riceve oltre i beni patrimoniali anche la dote e ne rilascia analoga dichiarazione al marito Petosarapis, nonchè alla madre di lui, la quale aveva evidentemente prestato fideiussione pel figlio al tempo delle nozze, garantendo alla sposa la restituzione della dote. È questa la spiegazione più naturale da dare all'intervento della madre nell'atto, senza ricorrere alla ipo-

tesi di un contratto per credito nuziale (*sanch*)¹⁾; e ben si spiega così la consegna che la moglie fa al marito dell'atto d'obbligo, annullato mediante cancellazione, in prova della liberazione di lui e della madre. Con una formula ampia e generale quindi i coniugi si dichiarano, vicendevolmente, di non aver ulteriori pretese da esercitare l'un contro l'altro.

Più complesso è l'atto di divorzio contenuto in Grenf. II, 76 dell'anno 305-306²⁾. In esso infatti non si parla soltanto di sistemazione patrimoniale, ma si dichiara che, sciolto il matrimonio, la moglie è libera di maritarsi con chi vorrà. E per quel che riflette i rapporti patrimoniali, mentre il marito restituisce alla moglie la dote, dichiara a sua volta di aver da lei ricevuto tutto ciò ch'egli le ha dato: nel che devesi sottintendere la *donatio propter nuptias* o forse semplicemente i regali fatti in occasione delle nozze (*ἐδνα*). Il papiro, conservato quasi integralmente, è così concepito:

..... Σοῦλις νεκροτάφος τοπαρχίας Κούσεως
Σένφαξ θυγατὶς Ψάϊτος ἐκ μητρὸς Τεοῦς νεκροτάφης
ἀπὸ τῆς αὐτῆς χαίρειν. ἐπὶ ἐκ τινὲς πονηροῦ θαίμο-
νος συνέβη αὐτοὺς ἀποζευχθαι ἀλλήλων τὴν κοι-
νήν αὐτῶν συνβίωσιν, ἐντεῦθεν ὁμολογῶ
ὁ μὲν ὁ προκειμένος Σοῦλ', πεπληρωμένος πάν-
των τῶν παραδοθέντων αὐτῇ [π]αρ' [ἐμοῦ οἰφθῆ-
ποτε τρόπον εἰδὼν, ἀποπέμπεσθαι αὐτῇ [ν καὶ μη-
κέτι μετ' ἐλευθεσθαι μηδὲ περὶ συμβίωσης μη-
δὲ περὶ ἔθνου, ἀλλ' ἐξεῖναι αὐτῇ ἀποστῆ[ναι καὶ
γαμηθῆναι ὡς (ῥ?) ἂν βουληθῇ· ἡ δὲ προκειμ[ένη Σέν-
φαις πεπληρωσθαι παρ' αὐτοῦ τοῦ προκειμένου
Σοῦλ' πάντων τῶν ἐπιδοθέντων αὐ[τῇ εἰς λό-
γον προ[ο]κὸς ἅμα [τ]ε ἄλλων [...]ων σ[....
αὐτῆς σκευῶν καὶ ἄλλῃ οἰφθῆποτε τ[ρό]πων·
καὶ μὴ μετελευθεσθαι ἀλλήλους [ἐντεῦ-
θεν περὶ μηδενὸς ἀπαξιαπλῶς ἐγγράφου
ἀγράφου παντὸς πράγματος τὸ σύ[ν]ολον,
διὰ τὸ τελείαν ἀποζυγήν· ἡ ἀποζυγή ἦδε

¹⁾ RÉVILLIOUT, *Précis* I, p. 1143 nota.

²⁾ Cfr. SCIALOJA, *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* IX, p. 176 e COLLINET *ivi* citato.

διόση γραφεῖσα ἐφ' ὑπογραφῆς κ]υρία
 ἔστω καὶ βαβαία ὡς ἐν δημοσίῳ κατακει-
 μένη, καὶ ἐπερωτηθεὶς ὁμολ[όγησα·
 (ἔτους) ιδ καὶ (ἔτους) β [τ]ῶν κυρίων ἡ[μῶν
 [Κωνστ]α[ντίου] καὶ Μαξί[μια-
 [νοῦ] Αὐγούστων.....

Notevole è il richiamo al cattivo genio, che provocò la separazione dei due sposi: nel quale deve ravvisarsi la discordia, che rese impossibile la vita coniugale, e non pensarsi quindi, nonostante l'ἀποπίμπουσαι che richiamerebbe alla mente l'ἀποκομπή, ad una separazione per sola volontà del marito. Notevole ancora la formula generale di rinuncia a qualsiasi azione dall'una parte e dall'altra per qualsiasi altro rapporto scritto o non scritto; formula che vedremo riprodotta in un altro atto di divorzio, ritenuto dapprima una convenzione matrimoniale. Al documento, redatto in doppio originale, e concepito come al solito nella forma di una stipulazione, viene assegnato lo stesso valore d'un atto depositato nell'archivio pubblico.

Sulla scorta di codesti chiari e indubbi esemplari di divorzio non è disagevole interpretare il pap. CPR. I, 23, intorno al quale si è accesa più viva la disputa tra i papirologi, e riconoscervi un vero e proprio atto di separazione, nonostante talune ambigue espressioni, rese anche più imbarazzanti dalle gravi e frequenti lacune che lo travagliano. Secondo la lettura e i supplementi del Wessely¹⁾, accettati anche dal Mitteis²⁾, il documento è così concepito:

..... σου..... ἔ]χειν παρ' αὐτοῦ κ[ατὰ τὸ
 [δίκαιον τ]ῆς ὁμολογί[ας] φ[ερὴν χρυσίου] δοκειμεῖου μνα[ισία ὀκτώ ἐν τοῖς
 δεδηλωμένοις]
 [διὰ τῆς] συγγραφῆ[ς κοσμ]αρίους καὶ τὰ δι' αὐτῆς ἱμᾶ[τια].....
σ αὐτῶ[ν] τῇν] συντείμῃσιν τῶν δραχ[μῶν ἐπτακοσίων
 [τὰ ὑπ' αὐτ]ῆς παραφε[ρόμενα] ὁ] πάντα καὶ ἀνακεκομ[ι]μ
 πάντα αὐτῆς τῆς αὐτῆς μ..... πο.....
 τῆς ν..... τὸ]ν Σύ[ρο]ν [ὕπ]εσχημαν την....

¹⁾ *Corpus Pap. Rain.* I, p. 130; *Verhältnisse* p. 55.

²⁾ *Reichsrecht*, p. 282, n. 6.

³⁾ I. HUNT *Gött. gel. Anz.* 1897, p. 462 corregge παραφί[ρνα].

.... αὐτῶν μὲν παρ' αὐτῶ ἡ Σύρα ἡ καὶ Ἰσ[άριον] ἀμ...
 ἐ]παλεύσασθαι ἐπ' ἀλλήλους μηδὲ ὑπὲρ [αὐ]τῶν μηδ[ένα¹⁾]
 τ]ούτων μηδ[ἐ] περί τῶν τῇ συμβιώσει ἀνηκό[ντων] μηδὲ περί ὧν.....
 [καὶ ἀπεγράφῃ]
 [ὁ Σύρος τῇ]ς αὐτῆς Σύρας κύριος ἐν τοῖς τῆς συμβιώσεως [χρόνοις] καθῶς²⁾....
 ς πάντα αὐτ[ήν] ἀπε]σχῆκεναι μηδὲ περί τῶν οὐσιῶν ὧν³⁾ μηδὲ περι
 νος ἀπλῶς τὸ καθόλου⁴⁾ ἐγγράφ[ου] μηδ' ἀγράφου μέχρι
 παρ]εῦρεσ[ε]ι μηδε[μιά] τὰ διομολογημένα κυρία ἔστω κ[αὶ] ἀπερωτεθέντες
 ὠμολόγησαν]
 (2a m.) [Σύρα ἡ] καὶ Ἰσάριον [Ἀφροδι]σίου σύννηρμαι τὴν πρ[ὸς Σύρον
 [συμβίωσι]ν καὶ ἀπέχω [τὴν φ]ε[ρ]νὴν τὰ τοῦ χρυσίου μναι[εῖα ὅκτ]ῶ [ἐν] κο-
 [σμηρίους καὶ ἱμά]τια ἐν σο[ν]τεῖμῃσι δρα[χ]μῶν ἑπτακοσίων καὶ ἡρα⁵⁾
 καὶ ἀνακεκόμεσμαι τὰ προσεσχεθέντα μοι εἰπο (l. ὑπὸ) τῆς
 μητρὸς μοι οἰπάρ[χοντ]α καὶ οἱ ἐπαλεύσομαι ἐπ' αὐτὸν οἱ [π]ερὶ οὐδε
 ενος μελος οὐδ[εν] καὶ ἀπεγράφῃ μοῦ κοίριος ἐν τοῖς τῆς
 συμβιώσεως χρόνοις [κατὰ πά]ντ[α] τρέπον καθῶ[ς] πρόκειται]α[ι] (3a m.) Σύρος
 [Σύρου] σύννηρμαι τὴν [πρὸς Σύραν τήν καὶ Ἰσάριον συμβίωσιν καὶ ἐξ]ῆκα
 αὐ[τῇ]
 ὅ]πῃ γάμου καὶ [ἐ]π[ε]γράφῃν αὐτῆς] κ[ύρι]ος
 ὡς π]ρόκειται
 ἀγορ]αν[όμος] καχρημ

Le parti son quegli stessi, che in CPR. I, 22, dell' a. 150 circa d. C. contraggono matrimonio. Integrato pertanto e letto come s'è visto, il documento presentava questa strana situazione: che, mentre in CPR. 22 si ha indubbiamente l'atto matrimoniale di Siro e Sira con conseguente costituzione di dote, qui tanto lo sposo quanto la sposa affermano di aver convenuto la vita comune (σύννηρμαι: τὴν συμβίωσιν) e contemporaneamente Sira dichiara di aver ricevuto la dote (sebbene in misura minore, chè dalle 800 dramme qui si accusa ricevuta per 700 soltanto) e i *parapherna*, Siro di averle dato (forse appunto questi valori). A metter dunque d'accordo la conferma dell'avvenuto matri-

¹⁾ HUNT: μηδ[ἐ].

²⁾ HUNT: καὶ ὧν.

³⁾ HUNT: περί τῶν προκειμένων[ν οὐσί]ων.

⁴⁾ HUNT: τῷ καὶ ὅλου.

⁵⁾ HUNT: κα[ὶ] πρ[ὸς] ἀφίε[ν]α.

monio e la consegna della dote alla moglie, non rimaneva che configurare l'atto siccome una specie di controscrittura stipulata insieme con l'atto di matrimonio: e mantenendo, secondo la teoria esposta, come fittizio l'apporto della dote da parte della donna in CPR. 22, qui se ne avrebbe la riprova in quanto il marito, che con quello aveva ricevuto la dote, ne consegna ora l'ammontare alla sposa effettuando così una donazione.

La interpretazione è stata respinta dall'Hunt¹⁾, sul fondamento soprattutto che i supplementi alle linee 17 e 24 (l. 15 e 22 qui sopra) sono affatto congetturali. Συνήρμαι, egli osserva, è un curioso verbo, ma certamente non implica συμβίωσις; egli crede quindi che alla l. 17 (l. 15) debba supplirsi piuttosto: συνήρμαι τήν πρ[ὸς Σύρον ἀποζυγί]ν ('ho convenuto la separazione con Siro'), o anche: τήν πρ[οκαμμένην συγγράφῃ]ν. Nè alla l. 24 (l. 22) i vestigi rimasti autorizzerebbero i proposti supplementi, perocchè vi si legge piuttosto: συνήρμαι τήν σα και αἰρουντο δωνων. Si aggiunga che le frasi alle l. 12-13 (l. 10 e 11 qui sopra): μηδ[ὲ] περὶ [τ]ῶν [τ]ῷ συμβιώσει ἀνηκό[ντων], μηδὲ περὶ ὧν [ἐπεγράφη] αὐτῆς ὁ Σύρος κύριος ἐν τοῖς τῆς συμβιώσεως [χρόνοις]²⁾ alludono senza ambiguità alla vita comune come cosa del passato. Laonde il documento deve essere annoverare piuttosto tra i divorzi.

Questo risultato è confermato tra l'altro anche dalle dichiarazioni relative ai beni parafernali, dei quali non potrebbe altrimenti concepirsi la consegna alla sposa non appena il matrimonio è contratto, mentre all'incontro è normale se si tratta di restituzione per matrimonio disciolto. Senonchè nè le proposte correzioni dell'Hunt sono necessarie, nè i supplementi del Wessely in contraddizione con siffatto risultato. I papiri di Berlino infatti ne presentano uno (BGU. III, 975) in cui la parola συμβίωσιν è unita al verbo σύνηρμαι; e dalle altre frasi relative al matrimonio (συμβίωσιν, ἡτ[ι]ς αὐτοῖς συνε[σ]τήκει) resta in modo assoluto accertato trattarsi di un atto di divorzio. Il documento, datato dal 19 febbraio 45 d. C., è scritto con ortografia scorrettissima, ma tuttavia chiarissimo nel suo contesto:

Μεχ<ι>ρ κα

Ἔτους τετάρτου Τιβερίου Κλαυδίου

¹⁾ Oxy. II, al pap. 266, p. 239.

²⁾ Gött. gel. Anz. 1897, p. 462.

Καίσαρος Σεβαστοῦ Γερμανικοῦ
 Αὐτοκράτορος μηνὸς Μεχίρ πέμπτῃ
 καὶ εἰκάτῃ (l. εἰκάδι) ἐν τῇ Σοκνοπαίου Νη-
 σου (l. -φ) τῆς Ἡρακλίδου μερίδος τοῦ Ἀρσ[ι-]
 νοείτου νομοῦ. Ὁ[μ]ολογί(⟨α⟩) Πα[ο]ῦς
 Παοῦτος ὡς ἐτῶν εἴκοσι πένδε (l. πέντε) [οὐλ]ῇ
 μετόπο ἀριστερῶ (τῇ) γεγενεμένη αὐτοῦ
 γυνὴ (l. γυναικί) Τεσενούφης τῆς Ὀννώφρις (l. τοῦ Ὀννώφρεως) ὡς
 ἐτῶν εἴκοσι οὐλῇ καστροκνημίφ (ἔ)κ-
 ξ (l. ἐξ) ἀριστερῶ (ν) μετὰ γυρίου (l. κυρίου) τοῦ ἐ[α]υτῆς
 συγγενὸς Σαταβοῦς (l. Σαταβοῦτος) τοῦ Ἐρ[ι]έως ὡς
 ἐτῶν [τ]ριάκοντα οὐλῇ κασ[τ]ροκ[νη-]
 μίο ἐκ δεξιῶ (ν) συνῆρσθαι τὴν πρὸς
 ἀλλήλους (l. ἀλλήλους) συνβίωσιν, ἥτ[ι]ς αὐτοῦς (l. αὐτοῖς)
 συνε[σ]τήκει κατὰ συγγραφῇ (ν) κά-
 μοι (l. γάμου), καὶ μηδὲν ἀλλήλο[ι]ς ἐνκ[α-]
 λεῖν μηδ' ἐγκαλέσσειν περὶ μη[δε-]
 νὸς ἀπ[λῶς] πράγ[ματος] [... ..] ... [...] .. κ[αὶ] ἀ-
 πέχι ἡ Τεσεν[ο]ῦφης τὴν ὀφιλν[μένην]
 ὁ Πα[ο]ῦς (l. ὑπὸ τοῦ Παοῦτος) φερνῇ[ν] ἀ[ρ]γυρίου καὶ τὰ [παρὰ-]
 φερν[α] τῇ Τεσεν[ο]ύφει
 [...] ερν[.....] στεραν[.....]

L'editore corregge alla l. 15 il συνῆρσθαι in συνῆρθαι, riconducendo in tal guisa la forma infinitiva al verbo συναίρω, nel significato di 'convenire'. Ma così interpretata, la frase συνῆρσθαι τὴν συμβίωσιν sarebbe in contraddizione manifesta con tutte le altre accennanti indubbiamente ad una vita comune già finita. Ora, la forma συνῆρσθαι devesi piuttosto correggere in συνῆρῆσθαι (da συναίρῃω) nel significato di 'levar via', 'toglier via insieme'. Le forme σύννημαι e συνήρημαι dovettero evidentemente nell'uso popolare a poco a poco confondersi, al punto che, perduta la esatta conoscenza della originaria discendenza da due verbi diversi, esse finirono per confondersi. E così spiegherebbesi la forma συνῆρσθαι, in luogo di συνῆρῆσθαι, mentre con la correzione proposta dall'editore la presenza del σ non avrebbe alcuna giustificazione¹⁾.

¹⁾ Debbo all'illustre grecista prof. Festa la spiegazione proposta nel testo, confortata da motivi ben più convincenti della semplice soppressione del σ. — Al me-

Paous e Tesenouphis 'tolgon via d'accordo la loro unione', cioè a dire sciogliono il matrimonio: il marito dichiarando che ciò è già avvenuto, restituisce alla moglie la dote e i beni parafernali e ne ritira la quietanza ($\alpha\pi\acute{\epsilon}\chi\iota\ \eta\ \tau\epsilon\sigma\epsilon\nu\omicron\upsilon\phi\iota\varsigma$...). A questo verbo e a siffatto significato occorre ricondurre, correggendo il $\sigma\acute{\upsilon}\nu\eta\eta\mu\alpha\iota$ in $\sigma\upsilon\nu\eta\sigma\eta\mu\alpha\iota$, il CPR. I, 23; il quale perciò, rimanendo fermi i supplementi del Wessely, è da annoverarsi in modo sicuro tra gli atti di divorzio.



Se dell'ampia libertà di divorzio fosse un freno l'uso delle penalità, che nell'antico diritto egizio gli sposi scambievolmente stipulavano per il caso di divorzio e che talvolta raggiungevano somme ragguardevoli¹⁾, o se non piuttosto avesser queste a considerarsi come provvisioni per la donna divorziata, è questione ch'io lascerò da parte. Certo nel diritto greco-egizio siffatte penalità non compariscono più, ed è notevole il riscontro che su tal punto si ha col diritto romano, il quale le proibiva, siccome quelle che potevano rappresentare una limitazione della libertà di divorziare²⁾. Le sole pene possibili eran quelle comminate dalle leggi³⁾, la restituzione cioè della dote da parte

desimo risultato finale è del resto pervenuto più recentemente anche il WESSELY, *Studien zur Palaeographie und Papyruskunde* I, p. 5, sebbene egli affermi soltanto che la forma usuale del perfetto $\sigma\upsilon\nu\eta\sigma\eta\mu\alpha\iota$ è la voce $\sigma\upsilon\nu\eta\sigma\eta\mu\alpha\iota$. Non si tratta invero di una seconda forma più in uso della prima, ma piuttosto d'uno scambio vero e proprio. Comunque sia, il Wessely stesso ha, con tale spiegazione, corretto la sua prima interpretazione e riconosciuto in CPR. 23 un atto di divorzio.

¹⁾ MITTEIS, *Reichsrecht*, p. 269 e 302.

²⁾ La ragione del divieto e della conseguente nullità della stipulazione risiede nel principio della libertà dei matrimonii, cui è parallela quella della separazione: c. 2 *de inut. stip.* 8, 38 (39) « Libera matrimonia esse antiquitus placuit ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat »; L. 134 *pr. D. de V. O.* 43, 1: « inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta ». Cfr. c. 14 *de nuptiis* 5, 4.

³⁾ L. 19 *D. de V. O.* 45, 1 « Si stipulatio facta fuerit: ' si culpa tua divortium factum fuerit, dari ' , nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis: nial si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta lege sit comprehensa ». La chiusa *nisi si ... comprehensa* è interpolata: cfr. LENEL, *Paling.* Pomp. 619. Vedi sul testo MEERMANN, *Thea.* III, 302, VII, 418; ZASLUS, n. 4-7; GLÜCK, *Erläut.* XXVI, 322; SAVIGNY, *Sistema* (trad. it. di V. Scialoja) III, p. 239 sgg.:

del marito, la restituzione della *donatio* da parte della moglie, perfettamente come avviene nei contratti matrimoniali più sopra studiati e come è insegnato dagli scoli sinaitici¹⁾.

Quei contratti presentano, è vero, costantemente comminato al marito il pagamento dell'*hemiolion* e in qualche caso per soprappiù anche degli interessi²⁾. Ma tanto l'*hemiolion* quanto gl'interessi sono una penalità in cui s'incorre allorquando la restituzione sia ritardata oltre il termine consentito nel contratto, e non hanno nulla a vedere con le pene del divorzio.

Il termine per la restituzione della dote era, come s'è visto, brevissimo; o quanto meno era tale quello che si vede costantemente assegnato nei contratti matrimoniali. Se a queste pattuizioni corri-

cfr. la l. 57 *D. de don. int. r. et u.c.* 24, 1, e su di essa DONELLO *ad h. l.* 19, n. 5. Cfr. ancora sulle *donationes dirortii causa* le ll. 60 § 1, 61, 62 *D.* 24, 1.

¹⁾ Il fr. 9 (Zachar. 6), a cui corrisponde l'inciso aggiunto dai compilatori alla l. 19 cit. nella nota precedente, suona nel testo originale: « Ulpianus βιβλίῳ α τοῦ διπλοῦ αὐτοῦ τίτλο de sponsalibus. Ἀρχὴ τῶν βημάτων de die poenae si vera - ἐχέτω πῆξ ἐξουσίαν repudio λύειν τὸν γάμον καὶ μνηστείαν· ἀποπὼν γὰρ τὸν γάμον διηνεκὺς τῆς ὁμονοίας δεόμενος [διὰ] τῆς poenas καὶ μὴ διατίσει συνίστασθαι. Ὁ ἐπιρωτηθεὶς καὶ ἡ ἐπιρωτηθεῖσα poenam εἰὰν διαλύσῃ τὸν γάμον αὐτὴ κατέχεται, εἰ μὴ ἕως τοῦ μέτρου τῆς ob mortem, ὅσον ἡδύνατο παρακατέχειν ὁ ἀνὴρ διὰ τῆς mortis παίδων... ἄνδρα ἀπαυτεῖν ἀπὸ τῆς ἐπὶ τῷ προστίμῳ ἐπιρωτῆσεως ὅσον ἡδύνατο κινεῖν κατὰ τοῦτον », e nella versione latina dell'ALIBRANDI: « Ulpianus libro V disputationum eius titulo de sponsalibus. Initium verborum 'de die poenae, si vera.' Habeat quisque facultatem repudio solvendi nuptias, quae perpetua consensione indigent. Qui quaeve promisit poenam, si solverit matrimonium, non tenetur nisi usque ad modum stipulationis quae ob mortem interponitur, quantum retinere vir posset propter mortem, liberis [superstitibus: discere posse] virum potere ex stipulatione inita de poena quanti posset agere ad hunc [modum stipulatione interposita...]. » Vedi sulla interpretazione del passo l'ALIBRANDI, *Op.* I, p. 423 sgg.

²⁾ Così il CPR. I, 236:

Ἐτους... Αὐτοκράτορος Καίσαρος Δομιτιανοῦ Σεβαστοῦ Γερμανικοῦ
 ... ὁμολογῇ Στοτοῦτις πρεσβύτερος υἱὸς Πανεφρέμιμω;
 ... ὦς; Εμ ου^λ ποδ[ι] δ[ε]ξιδι μετὰ κυρίῳ
 ... παραχρῆμα διὰ χε[ιρ]ῶς ἐξ οἴκου ἐν προσφ[ορ]ῇ
 ... συμβούτ[ω]σαν οὖν ἀλλήλ[οις] οἱ γαμοῦντες κα[ὶ]
 ... κατὰ δύνανται τοῦ βίου ἐν[δ]η[μ]ῶν καὶ ἀποδ[ι]κ[η]μῶν
 ... πρεκε[μ]ένου γαμου[.] τος ἀποπέμπον[τος]
 ... ἐπὶ δὲ τῆς ἐκουσίας ἀποπομπῆς π[α]ραχρῆμα ἐπὶ δὲ
 ... μετ' ἡμολίας κ[αὶ] τοκῶν τῆς πράξ[εως]
 ... τοῦ ὁμολογοῦν[τος] ὁμοπά[τριος] καὶ ὁμ[ο]μήτριος ἀδελφός
 ... ὁμ[ο]μήτριος ἀ[δελφ]οῦ; Στοτοῦτι

spondesse una norma legislativa o consuetudinaria, è dubbio, potendosi il termine dei 30 giorni considerar tanto concesso a beneficio del marito di fronte alla obbligazione normale di restituire immediatamente, quanto siccome una abbreviazione di termini più lunghi accordati dalla legge o dalla consuetudine. Il diritto romano ¹⁾ distingueva tra cose fungibili e non fungibili, imponendo per queste la restituzione immediata, accordando per quelle il pagamento rateale in una, due o tre annualità ²⁾. La identica soluzione si è ritenuto doversi applicare al diritto dotale attico, sebbene testi espliciti manchino in questo senso ³⁾. Tuttavia il marito, nel diritto romano, beneficiava del termine nel solo caso che il divorzio non fosse avvenuto per sua colpa. Ora nei nostri papiri il termine di 30 giorni si osserva concesso sempre nel caso di divorzio per volontà della moglie: in ogni altro caso la restituzione dev'esser fatta immediatamente. A questi effetti adunque, il divorzio per mutuo consenso vien parificato a quello per colpa del marito, perocchè, fatta astrazione dal BGU. I, 251, in cui eccezionalmente è accordato un termine di 60 giorni, nessuna dilazione è a lui concessa fuor del divorzio per volontà della donna.

La dote doveva essere restituita nei medesimi oggetti, salvo alla moglie la scelta di prendere, in sostituzione di essi, il loro valore (CPR. I, 22 e 27). Ma aveva diritto il marito a ritenerne alcuna parte?

Il sistema delle *retentiones*, tanto largamente applicato nel diritto romano, non pare fosse altrettanto in uso nell'Egitto, a giudicare almeno dai contratti che fin qui son venuti alla luce.

Delle *retentiones propter mores* non v'ha cenno: il che è tanto più notevole, quando si pensi alla cura con cui vengono dettate le norme della condotta, che la moglie deve tenere durante la vita coniugale. Il marito è tenuto sempre, sia il divorzio provocato da lui medesimo o dalla donna, a restituire tutta intera la dote, contentandosi, quando la *donatio* vi fu, del ricupero di essa ⁴⁾. Nè v'ha traccia

¹⁾ GIRARD, *Manuel*, 3^a ed. p. 950.

²⁾ *Ulp. Reg.* 6, 8: « Dos si pondere numero mensura contineatur, annua bima trima die redditur, nisi si ut praesens reddatur convenerit. reliquae dotes statim redduntur ». Cfr. la c. 1 § 7 *de r. u. x.* a. 5, 13 in cui Giustiniano distingue tra mobili e immobili.

³⁾ BEAUCHET, I, p. 323 sgg.; cfr. CAILLEMER, *Restitut. de la dot.*, p. 40.

⁴⁾ Cfr. MITTEIS, *Reichsrecht*, p. 230. Vedi per questa e per le altre *retentiones* nel diritto attico BEAUCHET, I, p. 326 sgg.

di *retentiones propter res donatas* o *propter res amotas*. Un caso di *relentio propter liberos* si è invece voluto riscontrare in Oxy. II, 265, un contratto matrimoniale da assegnarsi agli anni 81-95 d. C. Nella l. 17-22, là dove gli sposi prevedono la separazione, gli editori hanno ritenuto ch'essi nello stipulare la restituzione della dote, convenissero anche che una porzione di questa dovesse riservarsi per ogni figlio del loro matrimonio, che avesse deciso di rimanere presso il padre. Lo stato frammentario del documento non consente però in modo sicuro una siffatta induzione, la quale resta quindi una mera ipotesi congetturale.



Ma sciolto il matrimonio per divorzio, che cosa avviene dei frutti dotali dell'ultimo anno?

I nostri papiri ci mostrano qui ancora disposizioni contrattuali, che richiamano in modo singolare le norme di diritto romano.

Le regole imperanti nel diritto di Roma si fondavano, com'è noto, sulla durata del matrimonio. Tutti i frutti dei beni dotali spettano indistintamente al marito, finchè il matrimonio dura; di guisa che, sciogliendosi il matrimonio, la conseguenza naturale d'un tal principio era che i frutti dell'anno della separazione si dividessero in proporzione del tempo, pel quale il matrimonio aveva durato. Il marito faceva suoi i frutti dell'anno dotale, se un intero anno o più anni interi il matrimonio aveva perdurato: e l'anno dotale incominciava col dì delle nozze se la dote era stata costituita prima¹⁾, con quello della costituzione della dote in caso diverso²⁾, chiudendosi col giorno corrispondente dell'anno successivo. Ma, sciolto il matrimonio per divorzio durante il decorso dell'anno dotale, egli non poteva ritener

¹⁾ L. 6 D. *solutio matr.* 24, 3. « Si ante nuptias fundus traditus est, ex die nuptiarum ad eundem diem sequentis anni computandus annus est: idem in ceteris annis servatur, donec divortium fiat. nam si ante nuptias traditus sit et fructus inde percepti, hi restituendi sunt quandoque divortio facto quasi dotis facti ».

²⁾ L. 5 D. *solutio matr.* 24, 3. « De divisione anni eius, quo divortium factum est, quaeritur, ex die matrimonii an ex die traditi marito fundi maritus sibi computet tempus, et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutae neque nuptiarum observabitur, sed quo primum dotale praedium constitutum est, id est tradita possessione ».

dei frutti che la quota corrispondente al tempo pel quale la dote era rimasta costituita, e doveva alla donna restituire il residuo:

C. un. § 9 c. de rei ux. act. 5, 13. Imp. Iustinianus. Sed et novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione debere utrique parti assignari commune utriusque actionis est. in rebus scilicet non aestimatis: aestimatarum enim rerum maritus quasi emptor et commodum sentiat et dispendium subeat et periculum expectet.

L. 11 D. soluto matr. 24, 3 Pomponius libro sexto decimo ad Sabinum. Si alienam rem sciens mulier in dotem dederit, reddenda ei est, quasi suam dedisset, et fructus pro portione anni, quo divortium factum est.

Il computo per la ripartizione facevasi a mesi:

L. 7 pr. D. h. l. Ulpianus libro trigesimo primo ad Sabinum. ... si mulier pridie vindemias doti dedit, mox sublati a marito vindemiis divortit, non putat ei undecim dumtaxat mensum fructus restitui, sed et impensas....

§ 1. si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit eumque vir ex calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Ianuarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus et eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est ¹⁾

Ma se i frutti, invece d'essere annali, eran semestrali o biennali o comunque di periodo più lungo, la ripartizione seguiva corrispondentemente al periodo della maturazione di essi:

l. 7 cit. § 6, 7. Quod in anno dicitur, potest dici et in sex mensibus, si bis in anno fructus capientur, ut est in locis inriguis. Et in pluribus annis idem dici potest, ut in silva caedua.

¹⁾ Sulla interpretazione di questo vessatissimo fr. si veda tra i più recenti BONFANTE, *La divisione dei frutti dotati allo scioglimento del matrimonio nel dir. rom. e nel dir. civ.* in *Riv. it. per le sc. giur.* XX, 1895. p. 338 sgg. ove trovansi riassunte tutte le opinioni degli scrittori e proposta la soluzione del quesito circa il modo di costituire la massa dei frutti dell'ultimo anno. Cfr. inoltre PRTRAZICKI, *Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten* e gli autori citati ivi e in VANGEROW, *Pand. I.* § 220, Anm. 2.

Nei frutti cadevano non pure i frutti del suolo, la lana delle pecore, i parti del gregge, cioè i frutti naturali tanto *ex ipsa re* quanto *ex cura et cultura*, ma anche i frutti civili, come la mercede della locazione del fondo o delle opere servili:

l. 7 cit. § 2. . . si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit et vir ex calendis Martiis eundem locaverit et calendis Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam *mercedis*, sed pro modo temporis omnium mensum, quo totale praedium fuit, ex mercede quae debebitur portionem retinebit.

§ 9. Non solum autem de fundo, sed etiam de *pecore* idem dicemus, ut *lana* ovium *fetusque* pecorum praestaretur. quare enim, si maritus prope partum oves doti acceperit, item proximas tonsurae, post partum et tonsas oves protinus divortio facto nihil reddat? nam *et hic* fructus toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus.

§ 10. In servo quoque anni ratio habetur, si in annum forte *operae eius localae* sunt, ut praeteriti temporis ad maritum, post divortium autem ad mulierem operae pertineant.

§ 11. *Depensionibus* quoque praediorum urbanorum idem est quod in fructibus rusticorum.

Ad essi facevano però eccezione i parti delle schiave. I figli nati dalla schiava dotale non venivano considerati come frutti: sicchè, mentre i parti del gregge spettavano, durante il matrimonio, come frutti al marito, salvo in lui l'obbligo di colmare coi nuovi nati i vuoti formatisi nel gregge per la morte dei singoli capi, i parti delle ancelle consideravansi come porzioni della dote, che di essi pertanto si accresceva:

l. 10 § 2, 3 *D. de iure dot.* 23, 3. *Ulpianus libro trigesimo quarto ad Sabinum*. Si servi subolem ediderunt, mariti lucrum non est. Sed fetus dotalium pecorum ad maritum pertinent, quia fructibus computantur, sic tamen, ut suppleri proprietatem prius oporteat et summissis in locum mortuorum capitum ex adgnatis residuum in fructum maritus habeat, quia fructus dotis ad eum pertineat.

Gli sposi potevano tuttavia convenire un modo diverso di ripartizione e pattuire ehc quelli non ancora percetti¹⁾ dell'ultimo anno spettassero per intero alla moglie:

l. 31 *D. de pact. dot.* 23, 4. *Scaevola libro tertio quaestionum*. Si inter virum et uxorem convenit, ut extremi anni matrimonii fructus nondum percepti mulieris lucro fiant, huiusmodi pactum valet.

Ma non potevano, al contrario, pei parti della schiava dotale, pattuire l'attribuzione in tutto o in parte al marito, provocando un tal patto una illecita diminuzione della dote:

l. 69 § 9 *D. de iure dot.* 23, 3. *Papinianus libro quarto responsorum*. Partum dotalium ancillarum dotis esse portionem convenit ideoque frustra pacisci virum, ut inter uxorem et se partus communis sit.

Di fronte a cosiffatte disposizioni sono particolarmente notevoli quelle del diritto greco. Il diritto greco infatti attribuiva i frutti dell'anno della separazione per metà a ciascuno degli sposi. Così disponeva ad es. la legge di Gortina:

II, 45. αἱ κ' ἀνὲρ [κα]ὶ [γυ]νὰ διακρ[ι]νον[τ]αι, τὰ ἑαυτῶν ἔχον ἄτι ἔκουσ' εἰς πᾶρ τὸν ἀνδρα, καὶ τὸ καρπὸ τάνν ἐμίναν. αἱ κ' εἰ ἐς τὸν ῥὸν αὐτῶν χρημάτων 2).

Base adunque della divisione non era la durata del matrimonio nell'ultimo anno, ma un rapporto fisso. Senonchè la norma della metà non applicavasi che ai frutti cosiddetti *ex re ipsa*, ossia ai parti degli animali e della schiava: donde una duplice sostanziale differenza dalle norme imperanti in diritto romano, non solo per quel che rifletteva la misura del riparto, ma bensì anche per quel che s'atteneva al concetto stesso di frutto, essendo in esso compresi i parti delle ancelle, che pel diritto di Roma erano *dotis portio*. Questa distinzione tra

¹⁾ Cfr. l. 7 § 9 cit.: 'fructus toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus.'

²⁾ Cfr. MITTIS, *Reichsrecht*, p. 240. Si è dubitato peraltro che, secondo le parole della legge, la donna non avesse diritto in caso di divorzio che ad una metà dei frutti provenienti dai suoi propri beni; cfr. BEAUCHET, I, p. 315, n. 2.

frutti dei fondi e quelli *ex re ipsa*, insita nella riportata disposizione della legge gortinese¹⁾, è anche più chiaramente affermata nel libro di diritto siro-romano²⁾:

L. § 105 - P. § 61. Si ducat vir uxorem et adducat (haec) illi in $\varphi\epsilon\pi\nu\tilde{\eta}$ ancillas vel pecorum greges vel boves, non sicut ratio possessionis agri ita facit possessio hominum. Sed si pariant ancillae quae in $\varphi\epsilon\pi\nu\tilde{\eta}$ allatae sunt filios; itemque si greges quoque pecorum, vel boves, vel γένοϛ aliud quodcumque sit, natos pariant ac propter eorum partus numero augeantur et contingat separationem fieri inter virum et uxorem, recipiet uxor numerum quem attulit totum et natorum partem dimidiam. Et partem alteram natorum, quae remanet, vir uxoris accipiet, quia de suo (ancillae seu animalia) nutrita sunt.

La diversità di trattamento è chiara: i parti del gregge e della schiava debbono ripartirsi in modo diverso da quello che si adotta per i frutti del suolo, e la ragione che se ne adduce (e che in verità non persuade troppo) si è che i parti in tanto si sono avuti, in quanto le madri furono alimentate del proprio dal marito. Non avviene ciò forse anche pel suolo?

Ma data tale regola, qual'è dunque il sistema di riparto per i frutti del suolo? Due ipotesi sono possibili, dovendosi *a priori* escludere quella che i frutti dell'anno appartengano per intero alla moglie, e cioè:

a) ch'essi spettino tutti al marito;

b) che si dividano tra gli sposi: e poichè la misura della metà è dichiarata dalla legge stessa inapplicabile, non resta che il riparto proporzionalmente al tempo del matrimonio.

Ora in favore della seconda ipotesi sembra doversi concludere, se si considerano le disposizioni dei papiri matrimoniali greco-egizi.

Nel CPR. 22, l. 25-26 si legge, dopo l'attribuzione dell'azione esecutiva alla sposa per ottenere la restituzione della dote in caso di divorzio: *καὶ καταδικαί[ρεῖ]σθαι [τ]ῷ προσδόχῳ τοῦ τοῦ χωρισμοῦ ἔτους καὶ λ[ή]μψεται* ὡν καὶ δαπάνων καὶ ἔχειν τὴν [Σύρα]ν τὴν καὶ Ἰσάριον ἐξουσίαν La lacuna toglie purtroppo gran pregio alla testimo-

¹⁾ Cfr. MITTEIS, *Reichsrecht*, p. 241, n. 1 e p. 538.

²⁾ Traduzione del FERRINI cit.

nianza. Fuor di dubbio è tuttavia che con tale clausola gli sposi determinano la ripartizione dei frutti del fondo per l'anno della separazione: la prima lettura καὶ καταδιαι[τα]σθαι e la interpretazione del Mitteis¹⁾ e del Wessely²⁾: 'ed anche le rendite dell'anno della separazione andranno perdute ed essa prenderà...', secondo la quale il marito perderebbe tutti i frutti, sono da respingersi, quantunque un tal patto non sia né illecito, né infrequente. Qual sia la facoltà riservata alla sposa, è impossibile congetturare. La misura del riparto però può facilmente indovinarsi: essa è fondata sul tempo pel quale nell'ultimo anno dotale il matrimonio ha durato, non è la metà pura e semplice, come altri ha immaginato³⁾.

E che così debbasi ritenere, è provato dalla clausola, per ventura conservata integralmente, del CPR. I, 27 (l. 21-22): καὶ κατα[διαρ]είσθω ἡ πρόσδοτος τοῦ φο[ιν]ικῶνος εἰς τὴν τοῦ ἀ[ν]δρ[ος] τοῦ χωρισμ[οῦ] θωλεαίμηνον καὶ λήμψεται [τὸ ἀπιδόλ]λον ὡν ἔαν φανῇ μεμενηκυῖα παρ' αὐτῷ μηνῶν. La rendita del palmeto sarà divisa in dodicesimi e al marito ne spetteranno tanti quanti saranno i mesi dell'ultimo anno, pei quali la sposa sarà rimasta presso di lui: il che val quanto dire che si divide corrispondentemente ai mesi in cui il matrimonio si sarà mantenuto⁴⁾.

A qual fonte sia da ricondursi la distinzione che s'è vista dettata dal libro di diritto siro-romano, è incerto: più forse che attribuirsi alle leggi di Leone sulla dote, è da riconoscersi in essa un uso tutt'affatto locale⁵⁾. Di fronte al quale l'altro sistema di riparto pei frutti del suolo appare piuttosto aver origini più lontane e più larghe. Certo, l'applicazione che se ne ha nei due papiri surrichiamati non si allontana dalle regole della giurisprudenza romana.

¹⁾ *Reichsrecht*, p. 281.

²⁾ *Verhältniss*, p. 49. Pubblicando il papiro nel CPR, il Wessely ha però corretto la lettura e modificato la versione nel senso dato da me nel testo.

³⁾ Così il RÉVILLOUT, *Précis* II, p. 1129, che supplendo la lacuna, forse sull'esempio della disposizione della legge di Gortina, rende il passo: 'et l'on partagera les πρόσδοτοι de l'année du départ, chacun prenant moitié des produits et des dépenses.'

⁴⁾ Inesatta è la versione del WESSELY, CPR. I, al pap. 22, secondo la quale è la sposa che prenderà dei frutti una quota corrispondente al numero dei mesi che risulterà esser rimasta presso il marito. Il rapporto della divisione viene in tal guisa invertito, rimanendo senza alcuna logica spiegazione. Soggetto del λήμψεται e Isidoro, lo sposo.

⁵⁾ Cfr. BRUNS und SACHAU, *Sir.-röm. Rechtsbuch*, p. 276.

Molto dubbio, per le gravi lacune che travagliano il documento, è se alle medesime regole o non piuttosto a quelle contrarie raccolte nel diritto siro-romano debbansi riferire le parole di Oxy. II, 265 (l. 17-21): εὖν θέ τι διαφέ]ρωγται πρὸς ἀλλήλους (sc. οἱ γαμοῦντες)... ἀπο-
δότης ὁ Διονύσιος τα..... δου]λαίαν καὶ τὰς ἀποφοράς τῆς δούλης Πλου-
σίας καὶ [.....] οὐδὲ τὴν δούλην οὐδὲ τὰ ἐσόμενα ἐξ αὐτῆς ἔγ[γονα.....

La dote portata qui dalla sposa era costituita da quattro mine d'oro, tre vesti ed un terreno. A ciò la madre di lei aveva aggiunto la metà d'una sua proprietà e, pare, anche una schiava, di nome Plusia. Ai prodotti di questa schiava si allude appunto nelle parole su riportate, contenenti l'obbligo di restituzione assunto dallo sposo. E dalle espressioni negative sembrerebbe doversi dedurre, che i parti della schiava non vadano divisi, ma debbansi ritenere parte della dote e con questa restituire alla sposa. Una convenzione che richiamerebbe alla mente la regola dettata dal diritto romano nella l. 69 § 9 cit., e che riaccosterebbe anche più i nostri papiri al diritto di Roma, anziché a quello greco o provinciale.



In mani di chi vada eseguita la restituzione della dote, i documenti non dicono sempre. Tuttavia è ragionevole ritenere ch'essa sia fatta alla sposa se la dote fu da lei costituita a se medesima; va invece fatta al costituente la dote, nella ipotesi contraria. Così in CPR. I, 24 la dote deve riceversi dalla madre, che appunto l'aveva costituita; ma se la madre sia morta al tempo della separazione, la riceverà la sposa. In presenza di figli, il ritorno della dote alla famiglia della sposa non ha più luogo (Oxy. II, 265 l. 30-31).

Ad un documento di tal natura, una quietanza cioè di dote restituita, avevano pensato gli editori inglesi nel pubblicare il papiro Oxy. II, 268 dell'anno 58 d. C. Parmi però col Révillout ¹⁾ che in questo non trattisi di restituzione di dote, ma piuttosto di regolamento d'una eredità, sebbene sia arduo ammettere, come il Révillout congettura, che trattisi di conferimento di una dote nella massa ere-

¹⁾ *Précis* II, p. 1143 nota.

ditaria paterna, la quale non era sufficiente per attribuire a ciascun figlio la quota che gli spettava, avendo la dote, assegnata alla figlia, ecceduto la parte cui essa aveva diritto.

Chiuderò queste ricerche citando ancora altri due documenti di Oxirinco, particolarmente interessanti: essi rappresentano l'epilogo doloroso di due matrimoni finiti miseramente con denuncie giudiziarie per la ingordigia e la disonestà del marito in un caso, per la furfanteria della moglie nell'altro.

Il primo, Oxy. II, 281 appartiene al periodo tra il 20 e il 50 d. C. e si riferisce appunto alla restituzione della dote, che la moglie dopo aver invano reclamato bonariamente, chiede finalmente in via giudiziaria al marito, ricorrendo all'archidicaste:

Ἡρακλείδης, ἱερεὶ καὶ ἀρχιδικαστῇ καὶ πρὸς τῇ ἐπιμελείᾳ τῶν χρηματιστῶν καὶ τῶν ἄλλων κριτηρίων παρὰ Σύρας τῆς Θέωνος, συνεζήσασα Σαραπίωνι φερνήν τοῦ τῇ δοῦσα κατὰ συνχώρησιν εἰς λόγον ἀργυρίου δραχμῶν διακοσίων. ἐγὼ μὲν οὖν ἐπιδεξαμένη αὐτὸν εἰς τὰ τῶν γονέων μου οἰκητήρια λειτὸν παντελῶς ὄντα ἀνέγκλητον ἑματὴν ἐν ἀπάσει παρειχόμεν. ὁ δὲ Σαραπίων κατὰ χρησάμενος τῇ φερνῇ εἰς ὃν ἠβούλετο λόγον οὐ διέλειπεν κακουχῶν με καὶ ὀβρίων καὶ τὰς χεῖρας ἐπιφέρων καὶ τῶν ἀναγκαίων ἐνδεῇ καθιστάς, ὕστερον δὲ καὶ ἐνκατέλιπέ με λειτὴν καθεστῶσαν. διὸ ἀξιῶ συντάξαι καταστῆσαι αὐτὸν ἐπὶ σέ

ὥπως ἐπαναγκασθῇ συν-
 σχόμενος ἀποδοῦναί [[μ]]
 μοι τὴν [φ]ερνήν σὺν ἡμι-
 ολίῳ. τῷ[ν] μὲν γὰρ ἄλ-
 λων τῶν [ὄντων πρὸς αὐτὸν
 ἀντέχομαι καὶ ἀνδέξομαι.

Syra nell'accusare il marito di averla maltrattata, portandole le mani addosso, di averla privata degli alimenti e poi abbandonata consumando a suo libito la piccola dote di 200 dramme ch'ella aveva recato con sè, ha cura di mettere in rilievo com'essa abbia sempre ottemperato ai suoi doveri coniugali, comportandosi in ogni cosa in modo lodevole, e d'averlo anzi accolto nella casa paterna fornendogli persino da vivere. Il contenuto della istanza mira però ad ottenere la restituzione della dote, aumentata della penalità dell' *hemiolion*. Il carattere dell'azione deve quindi ritenersi puramente civile ¹⁾.

Di natura penale invece ritengo sia l'azione sperimentata, nell'altro documento, dal marito contro la moglie, resasi colpevole di sottrazione di oggetti spettanti al marito ²⁾. Il documento, Oxy. II, 282, assegnato agli anni tra il 30 e il 35 d. C., è così concepito:

Ἀ[λε]ξανδρῶι στρατηγῷ
 παρὰ Τρύφωνος τοῦ Διο-
 νυσίου τῶν ἀπ' Ὀξύρυγ-
 [χ]ων π[ό]λεως. συνεβίω-
 [σα] Δημ[η]τροῦτι Ἡρακλεΐ-
 δου, κα[ὶ] ἐ[γὼ] μὲν οὖν ἐ-
 πεχορήγησα αὐτῇ τὰ ἐ-
 ξῆς καὶ ὑπὲρ δύναμιν.
 ἡ δὲ ἀλλότρια φρονήσα-
 σα τῆς κοινῆς συμβίω-

¹⁾ Così anche il WENGER, *Rechtsst. Papyrusstudien*, p. 151, che identifica l'azione sperimentata dalla donna con l'*actio rei uxoriae*.

²⁾ Il WENGER, *op. cit.* p. 137, considerando l'azione siccome nascente da una *obligatio ex delicto* (mentre nella precedente petizione nasceva *ex contractu*), ritiene ch'essa fosse diretta soltanto al risarcimento. Si vedano del resto le acconce osservazioni di lui (p. 112) sul significato del termine *ἐχῆναι*, che s'applica solo alle azioni da delitto, non mai a quelle da contratto.

[σεως] κατὰ πέρ[α]ς ἐξή-
 [λθε] καὶ ἀπενέ(γ)χαντο
 τὰ ἡμέτερα ὦν τὸ κα-
 θ' ἐν ὑπόκειται· διὸ ἀξιῶ
 ἀχ[θ]ῆναι ταύτην [ἐ]πὶ σὲ
 ὅπως τύχη ὦν προσή-
 [κει] καὶ ἀποδοῖ μοι τὰ
 ἡμέτερα. τῶν μὲν γὰρ
 ἄλλων τῶν ὄντων
 μο[ι] περ[ὶ] αὐτὴν ἀνθόξο-
 μα[ι] (1. ἀντέχομαι) κα[ὶ] ἀνθέξομαι. εὐτύχ(ει).
 [ἔστι] δὲ τῶν ὑφαιρετη(μένων)
 [...] φαιον ἄξιον (δραχμῶν) μ

Tryphon è quello stesso che nel pap. 267 abbiamo visto sposo a Saraeus, dopo un primo matrimonio con Demetrous, così mal finito. Egli, che aveva provveduto questa sua prima moglie di tutto in misura eccedente anche le proprie forze, ricorre col presente atto allo stratega, denunciandola di sottrazione di oggetti di lui compiuta con la complicità di altri (ἀπενέγκαντο), che forse potrebbe esser la madre. Alla querela segue l'elenco dei beni trafugati.

Trattasi qui di *amotio rerum* o di furto? Il furto non può mettersi in dubbio per quanto riflette il complice. Ma anche per la moglie colpevole sembra debbasi concludere per la medesima figura di reato. La frase: 'ἀξιῶ ἀχθῆναι ταύτην ἐπὶ σὲ ὅπως τύχη ὦν προσήκει καὶ ἀποδοῖ μοι τὰ ἡμέτερα' denota in modo abbastanza chiaro, che contro la donna si chiede l'applicazione d'una pena, la quale evidentemente non può essere se non quella del furto ¹⁾.

ROBERTO DE RUGGIERO.

¹⁾ Avevo già liberato le stampe di questo articolo, quando mi vien sott'occhio un lavoro dedicato al medesimo argomento e dovuto alla penna d'un nuovo studioso di papirologia, JOHANNES NIETZOLD, *Die Ehe in Aegypten zur ptolemäisch-römischen Zeit nach den griechischen Heiratskontrakten und verwandten Urkunden* (Leipzig, Veit u. Comp. 1903, in-8, p. vi-108).

Non avendo potuto tenerne conto nel corso del mio scritto, mi limiterò a darne qui in ultimo un cenno sommario, senza soffermarmi a confutar nuovamente le

conclusioni cui, nei singoli punti da me trattati, perviene il Nietzold, e che del resto si trovano già combattute nel testo dell'articolo.

Lo schema generale dello studio del Nietzold è quello di una esposizione completa del diritto matrimoniale egizio. Mentre infatti il primo capitolo è dedicato allo studio delle varie specie e della natura del matrimonio (*ἄγραφος* e *ἔγγραφος γάμος*, unioni tra germani, poligamia e monogamia, filiazione legittima ed illegittima), il secondo prende in esame il contratto nuziale, studiandone in particolar modo il contenuto e gli effetti sociali ed economici (posizione dell'uomo e della donna nel matrimonio, dote, donazione nuziale, beni parafernali, disposizioni circa lo scioglimento delle nozze e restituzione della dote); il terzo, più breve, si occupa degli atti di divorzio; e da ultimo il quarto, del matrimonio dei soldati romani in Egitto (concubinato legittimo e sospensione del *matrimonium iustum* nel soldato cittadino romano, *matrimonium iuris gentium* tra soldati cittadini romani e peregrini, diritto matrimoniale dei soldati peregrini, *focartae*). Ma esso è anche semplicemente espositivo: accogliendo i risultati generalmente fin qui accettati, l'Autore li riassume con garbo e li dispone in sistema organico, senza tuttavia sottoporli alla critica: di guisa che giammai o raramente la conclusione è nuova o diversa da quelle che s'erano fin qui avute nei precedenti studi.

Così appunto gli accade col primo argomento preso a trattare, la natura e i rapporti tra l'*ἔγγραφος* e l'*ἄγραφος γάμος*. L'*ἄγραφος γάμος* è infatti anche per Nietzold un matrimonio in cui della scrittura non c'è quanto occorre, perchè il matrimonio possa dirsi *ἔγγραφος* (pag. 3); nè egli scorge l'intimo nesso che passa tra la scrittura stessa e la dote, la quale dovendosi costituire con un atto scritto (il contratto nuziale), manca precisamente nell'*ἄγραφος γάμος*, è elemento essenziale dell'*ἔγγραφος*.

Egli crede invece che al quesito, se alla costituzione definitiva del matrimonio abbia preceduto il cosiddetto 'anno di prova', debbasi dare una soluzione negativa. Vi fu in Egitto non un anno di prova, ma un 'matrimonio di prova' e questo fu l'*ἄγραφος γάμος* (pag. 6), il quale non ebbe limitazioni di tempo, potendo durare anche parecchi anni, nè fu uno stato di semplice concubinato, sebbene i figli nati da una tale unione si trovassero in una posizione d'inferiorità di fronte a quelli procreati nel matrimonio scritto.

Dalla libertà di matrimonio tra germani, che si conserva ancora sotto i Romani larghissima e diffusa, l'Autore desume la mancanza o quasi d'impedimenti matrimoniali; carattere questo tutt'affatto egizio, che il diritto greco non andò mai oltre le unioni tra fratelli consanguinei. Dubbioso egli invece si mostra di fronte al quesito, se nell'Egitto vigesse la monogamia o la poligamia. Il concubinato vi fu certo ammesso, almeno nel periodo tolemaico e nel bizantino, se con tanta frequenza se ne trova nei documenti fatto espresso divieto dalla donna: ma non furono certo ammessi due matrimoni contemporanei, l'uno scritto, l'altro non scritto. Tuttavia nei tempi più antichi la poligamia esisteva certamente, e se ne ha traccia nell'uso conservatosi fino a tardi di identificare i figli mediante la maternità anziché mediante la paternità, sebbene in alcuni casi la omessa paternità debbasi piuttosto ritenere indizio di illegittimità del figlio. La illegittimità non era, in genere, causa di inferiorità sociale; non potevano però aspirare al sacerdozio che quelli i quali erano in grado di provare una legittima discendenza. Al matrimonio erano ammessi i sacerdoti, così come esso era consentito agli schiavi, la cui condizione sociale era in Egitto meno dura che non presso gli altri popoli dell'antichità.

Premessi questi brevi cenni generali, il Nietzold passa ad esaminare il con-

tratto matrimoniale. Il fondamento dond'egli muove è che il matrimonio, fosse esso scritto o non scritto, veniva accompagnato sempre da un atto, che peraltro nell'ἱγγαμος γάμος doveva esser rivestito della forma di una ὁμολογία, mentre nell'ἄγρμος era sufficiente il semplice χυρόγραφον. Dalla qual premessa egli è indotto, seguendo la interpretazione comune, a riconoscere in Oxy. II, 267 le tavole nuziali di un ἄγρμος γάμος: unico esempio peraltro, chè in tutti gli altri documenti esaminati più sopra non si avrebbe mai altro se non matrimonio ἱγγαμος.

Carattere sostanziale di quell'atto è il suo contenuto economico: e poichè anzi codesto contenuto talvolta vi comparisce con tal predominio sulle altre clausole, da diventare in taluni documenti affatto esclusive le stipulazioni di natura patrimoniale, il N. solleva il dubbio se in questi ultimi (e sarebbero la maggior parte dei CPR.) non debbansi riscontrare dei semplici istromenti dotali, concomitanti o successivi al contratto stesso di matrimonio. I rilievi da lui fatti sulla formula della ὑπογραφή, che anche nei veri e propri contratti matrimoniali (ad es. il Tebt. 104) riproduce soltanto le stipulazioni con contenuto patrimoniale, dovevano invece persuaderlo che tutti i nostri documenti sono sempre il contratto matrimoniale propriamente detto e insieme l'istromento dotale; e poichè d'altro canto la presenza della dote è il carattere essenziale del matrimonio scritto, doveva trarsene la conseguenza che niuno di essi si riferisce, nè può riferirsi, all'ἄγρμος γάμος.

Dati quindi alcuni cenni intorno alle formalità che accompagnavano o seguivano le nozze, e circa il modo con cui l'istromento era redatto, stipulato, presentato al pubblico archivio, legalizzato e registrato, l'Autore confronta i contratti greci coi demotici, e trova che il contratto matrimoniale nel corso di più che un millennio, dal v secolo a. C. al vi dell'era volgare, è rimasto sostanzialmente identico. Alle promesse sacramentali e giurate nei papiri demotici di non infrangere la fede coniugale corrisponderebbero, nei greci, disposizioni consimili: alle assegnazioni alimentari del marito verso la moglie, l'obbligazione che questi assume di provvedere a tutti i bisogni di lei; al dono nuziale ed alla pena pel caso di divorzio, la dote fittizia.

In questa trasformazione della *donatio propter nuptias* in dote fittizia sarebbe la più importante modificazione subita dai contratti matrimoniali egizi. L'antico diritto egizio infatti non conosceva l'istituto della dote, il quale incomincia a comparir soltanto in sul finire del periodo tolemaico. Erangli per contro ben note la donazione nuziale da un canto, le pene pel divorzio dall'altro.

Allorchè quindi nel periodo greco-romano l'istituto della dote s'introdusse sul suolo egiziano, la *donatio propter nuptias*, il cui uso antichissimo non avrebbe potuto scomparire d'un tratto, si venne trasformando poco a poco e rivestendo di una forma nuova, quella della dote; ma fu una dote solo all'apparenza, chè sostanzialmente l'apporto matrimoniale rimase un dono proveniente dal marito. Accanto alla dote fittizia sorse tuttavia anche quella reale, e questa assunse i caratteri del diritto greco. La triplice norma infatti, che 1) la proprietà della dote spetta alla donna e all'uomo soltanto l'usufrutto; 2) la dote è un patrimonio libero che non ritorna al padre dopo lo scioglimento del matrimonio; 3) è un assegno in soddisfazione dei diritti ereditari, che spetta alla donna ed ai suoi eredi irrevocabilmente, ma esclude ogni altro diritto della figlia o dei suoi discendenti alla eredità dei genitori, — questa triplice norma, imperante già nel diritto greco, riappare nei papiri dell'Egitto ogni qualvolta la dote è vera e reale.

Dote fittizia sono, secondo il N., le vesti e gli ornamenti in CPR. I, 21, 22 24, 27: dote fittizia ancora le somme di danaro in Tebt. 104, CPR. I, 28, BGU. I, 183, 251, 252; queste e quelli chiamati sempre *φσρνή*, ch  altro nome il linguaggio tecnico non conosce per la *donatio propter nuptias*, almeno fino al periodo bizantino. In tutti questi documenti per  l'Autore riconosce che la dote fu realmente portata dalla moglie e consegnata al marito; non trattarsi dunque d'altro se non d'una *donatio in dotem redacta*. Or se cos   , ove si ha pi  l'elemento fittizio? E quali sono allora gli argomenti positivi per riconoscere in quelle doti una donazione nuziale?

Contro una tale obiezione, che pur sorge spontanea, l'Autore non tenta di difendersi; che anzi egli ne accresce la gravit , quando lascia intendere che vera e propria finzione non si ha se non in Oxy. II, 267, in quanto i valori che Tryphon dichiara di aver ricevuto da Saraeus e che promette di restituire in parte dopo cinque mesi, non furon mai dati dalla sposa, che non li aveva precedentemente ricevuti da Tryphon. Codesta finzione   tale, da non potersi parlar qui n  di dote n  di *donatio in dotem redacta*, ma piuttosto di un semplice dono, del quale la donna coll'atto, contenuto in quel papiro, avrebbe *prima nocte* ricevuto un acconto, salvo a riceverne il resto pi  tardi, secondo la promessa di Tryphon. Di qui la distinzione proposta tra la *donatio propter nuptias* o dote fittizia dell' * γγραφ ς γ υ ς* e la *donatio* dell' * γγραφ ς*, che non sarebbe mai dote; distinzione che niun documento autorizza, anche quando si menasse buona la seguita interpretazione di quel papiro.

Cos  il Nietzold, mantenendo fermi i risultati delle ricerche del Mitteis e del Wessely, giunge a conclusioni perfettamente opposte a quelle cui mirano i presenti *studi*, quale questa, ad es., che la dote non   un requisito del contratto matrimoniale - mentre io ho dimostrato com'essa lo sia pel matrimonio scritto -, e lo   per converso la dote fittizia, in quanto essa nasconde una *donatio propter nuptias*.

Quel che l'Autore scrive intorno ai beni parafernali, alla restituzione della dote, alle *συγγραφεδιασ και*, non contiene nulla che meriti d'esser rilevato; non mi sembra tuttavia che debbasi convenire con quanto egli osserva a proposito delle disposizioni testamentarie che i terzi (e pi  spesso, come s'  visto, la madre) fanno seguire a favore della sposa nelle stesse tavole nuziali, e cio  che le disposizioni con riserva dell'uso o dell'usufrutto fatta dal disponente a proprio favore fossero forse frequentemente un surrogato della vera e propria dote (p. 75). Con ci  l'Autore tende a sminuire il valore e l'importanza che la dote ha come apporto patrimoniale destinato ai bisogni della famiglia. I due soli esempi infatti di disposizioni a favor della sposa con riserva dell'usufrutto non presentano punto codesta inutilit  *attuale* della dote; in CPR. I, 24 l'usufrutto   dalla madre riservato soltanto su met  del potere di tre arure; in Oxy. II, 265 il potere dato in dote   in pieno godimento degli sposi e l'usufrutto non   riservato alla madre che sugli altri beni ulteriormente assegnati alla figlia. E d'altro lato, tanto la disposizione in questo contenuta quanto quella di BGU. I, 183, sono delle disposizioni testamentarie fatte in occasione delle nozze e da tenere ben distinte dalle dotazioni con donazione, che si hanno negli altri due papiri.

Piacemi inoltre notare come tra gli atti di divorzio se ne trovi menzionato uno nuovo, appartenente alla Collezione dei papiri lipsiensi di prossima pubblicazione (P. Leipz. 14), al Nietzold comunicato in copia dal Mitteis, la cui * πογραφή* suona (l. 31 sgg.): [Συμφωνεῖ τ ν πατρ ν [τ ν συμφ ρισιν [δι]αλύσασθαι πρ ;

ἀλλήλους — Μ[ίγα; Μίγ]ου [ε]ὕδοκῶ [ἐπὶ τ]ο[ῖς]δ[ε] οὐδένα λόγον [ἐχ]ω πρό; αὐτήν. Θενοτοτουήτις ε[ὕδο]κ[ῶ] καὶ μὴ ἐπιλειύσεισαι [ἐπ'] αὐ[τόν]... ἔγραψεν ὑπὲρ αὐτῆς τῆς Θ[ενοτοτ]ο[ῖς] γ[ράμ]μα(α) μὴ εἰδ[ύ]η[ς]. [... Τὰ θεωλο- γηδόν]τα κύρια ἴστωσαν [Ἡρων...] τὴν συμβίωσιν [...] ἔγραφα ὑπὲρ αὐτοῦ γράμματα μὴ εἰδ[ύ]η[ς] [Σώτας ...] Anche in questo ricorre nuovamente il verbo συνῆρσαι, in una frase (l. 15 sgg.), che è affatto identica a quella più sopra studiata del papiro GBU. III, 975: συνῆρσαι τὴν πρό; ἀλλήλους; [συμ]- βίωσιν, ἥτις αὐτοῖς συνεστήκει ἀπὸ συγγραφῆς ὁμολογηθείσης) γάμου τ[ε]λειω- σ[ις]η[ς] διὰ ἐπ[ι]τηρητῶν ἀγ[ο]ρ[α]νομίας; Ἡ[ρακ]λ[ε]ουσπόλει[ς] (ἔτσι). Nel che si ha una ulteriore conferma di quanto ho più sopra esposto intorno al papiro CPR. I, 23.

L'ultimo capitolo è dedicato ad un argomento che non è fatto oggetto di ricerche in queste mie pagine: il matrimonio dei soldati romani in Egitto. Ivi sono studiate le varie questioni circa la libertà delle nozze nei soldati di Roma, la costituzione della dote, gli effetti dei divieti imperiali, la posizione della donna e dei figli nella famiglia, ed altre che non interessano le presenti ricerche.

L'ORIGINE DELLA SUCCESSIONE PARTICOLARE

NELLE FONTI DI DIRITTO ROMANO

(Continuas. e fine, vedi vol. XIV, p. 127-202 e p. 221-275).

IX.

Alla doppia prova sinora data per render chiaro come la costruzione di una successione a titolo particolare abbia, nelle nostre fonti classiche, origine bizantina, mi sembra mettano il suggello due testi delle Pandette: L. 7, L. 8 de iureiur. 12. 2:

L. 7. Ulp. 22 ad Ed.: « Ait Praetor: Eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo ». — « Eius rei, sic erit accipiendum, sive de tota re sive de parte sit iuratum: nam de eo quod iuratum est pollicetur se actionem non daturum neque in eum qui iuravit neque in eos qui *in locum eius* cui iusiurandum delatum est *succedunt* »,

L. 8. Paul. 18 ad Ed.: « *etiamsi in rem successerint* ».

Ben lo si vede: fatta pure astrazione da qualsiasi apprezzamento sulla derivazione della L. 8 cit., attribuita a Paolo, è evidente che sono stati i compilatori a collocarla accanto al *succedunt* di Ulpiano, destinandola a rappresentare una specie del concetto di successione usato dal giureconsulto: la costruzione teoretica è dunque patentemente opera loro.

Ciò apparirà anche più chiaro, se con me si ammette che la L. 8 non porti che l'iscrizione del lib. 18° ad Ed. di Paolo, e che le parole « *etiamsi in rem successerint* » siano una invenzione dei giustiniane¹⁾.

¹⁾ Non sembri a priori troppo arrischiata tale affermazione. Nell'escerpire i commenti ad Ed. dei giureconsulti romani, i compilatori presero a base, salvo eccezioni, il commento di Ulpiano: molto spesso quindi si trovarono ad aver ben poco da togliere da quello di Paolo; ma siccome per metodo inserivano alternativamente frammenti dell'uno e dell'altro giurista, a Paolo di frequente spetta la

Già la formula «succedere in rem» lo indica, poichè essa anche qui non può intendersi se non nello stesso senso che ha nei testi ove è interpolata, siccome riferibile cioè agli acquirenti di cose singole a titolo particolare¹⁾. L'indizio che si ricava da questo fatto diviene più significante, quando si osserva che la L. 7 di Ulpiano è stata preparata dai compilatori allo scopo di inserire quella formula. Infatti la legge è un diretto commento alle parole edituali in essa contenute; e, mettendo in conto la L. 9 pr., che le è connessa, si scorge l'ordine

citazione del libro consultato, seguita da una piccola frase non sempre importante; il fatto può accertarsi scorrendo i libri di Paolo ad Ed. nella *Pattingenesta* del LENZL. Non è pertanto strano che i compilatori, quando intendevano aggiungere qualcosa del proprio ad Ulpiano, dovendo citar Paolo, dal quale nulla potevano trarre, si siano serviti dell'iscrizione relativa a lui per effettuare la modificazione voluta.

Già un esempio se ne ebbe in L. 5 de alien. iud. mut. causa 4.7 (*vel simitem*). Un altro caso mi sembra possa rilevarsi in L. 9 in fin. de dolo malo 4.3. Ulpiano, parlando della causae cognitio nell'azione di dolo, dice che questa azione non si dà per somme minime: «nam ecce in primis, si modica summa sit»; i Digesti annettono a questo passo: Paul. II ad Ed. L. 10 eod.: «id est usque ad duos aureos». Ma in questo frammento non v'è una parola che sia di Paolo. Gli *aurei* intanto sono certo giustinianeî; ma anche l'«id est» deve avere la stessa derivazione, perchè commenta e limita l'indeterminata «modica summa» di Ulpiano; questa espressione però non era presente a Paolo quando scriveva, mentre era innanzi ai compilatori che combinavano i testi. L'«usque ad» poi che tende a fissare un limite deciso, non può attribuirsi alla giurisprudenza, giacchè essa non aveva titolo a spingersi fin là in materia di causae cognitio, dove il pretore ha libero apprezzamento. Il limite fisso del testo attribuito a Paolo si comprende dal punto di vista legislativo: qui è Giustiniano che ordina. Se si vuole una prova innegabile di questo genere di interpolazioni, si confronti C. Th. 1. 29, 2 con C. Iust. 1. 55, 1: il Teodosiano ha: «in minoribus causis» soltanto, mentre il Codice di Giustiniano aggiunge: id est usque ad quinquaginta solidorum summam.

La stessa sorte è toccata a Paolo anche fuori dei commenti ad Ed. e nelle relazioni con altri giureconsulti:

L. 27 de fideicom. libert. 40. 5: «itaque hoc casu princeps adeundus est, ut et in hoc casu libertati prospiciatur». Il LENZL, *Pattingen*. Paul. 870 ha già segnalato tutto questo frammento come triboniano nella forma.

L. 7. de aliment. leg. 34, 1: «nisi aliud testatorem sensisse probetur» cfr. LENZL, *Pattingen*. Paul. 1563, nota 3.

¹⁾ È superfluo notare quanto maldestra sia la collocazione di detta formola accanto alla L. 7 di Ulpiano che commenta l'«eius rei» e l'«ea res pertinet» dell'editto, ove *res* è il rapporto giuridico controverso, il quale può essere reale, obbligatorio, di natura penale. Dare questo senso al termine nel «succedere in rem» conduce all'assurdo. Il rapporto controverso, su cui si è giurato, deve inoltre essere la proprietà di una cosa (o un diritto reale su di essa) perchè sia pensabile che l'«ea res de qua iusiurandum delatum fuerit» possa riguardare il terzo acquirente.

logico sostanziale della trattazione classica. A proposito delle parole « *eius rei* » Ulpiano osservava: « *sic erit accipiendum, sive de tota re sive de parte sit iuratum* »; — a proposito della frase « *neque in ipsum neque in eum a. q. e. r. p.* » accennava che andavano esenti dall'azione, così chi aveva giurato come i suoi eredi; ed in fine in connessione ad « *actionem (non) dabo* » esplicava in L. 9 pr. come il pretore promettesse il diniego dell'azione. Ma, allo stato attuale, la L. 7, da « *eius rei* » in poi, ha tutt'altra costruzione esteriore, per la presenza di quel *nam* che congiunge le sue due parti con un legame consequenziale. Essa cioè appare tutta un commento alla sola frase edittale « *eius rei* »; ed il ragionamento di Ulpiano, congiunto, come vogliono i compilatori, al testo di Paolo, viene ad essere il seguente: Dicendo *res* il pretore intende negar l'azione, tanto se si giurò sul tutto, quanto se si giurò su una parte, *dappoichè* egli promette di non dare l'azione così contro chi giurò e suoi successori universali, come contro i suoi successori particolari. Vedo bene che il raziocinio non regge, poichè ad es. anche nel caso di acquisto a titolo particolare di un fondo, sulla cui proprietà dall'autore fu prestato il giuramento, si deve dire che fu giurato « *de tota re* ». Ma, dato il testo come ora è, la costruzione formale è quella. È da ritenere pertanto che il *nam* sia un intruso, messo lì dai compilatori per erigere una viziosissima relazione tra l'idea del tutto e della parte ed il concetto della successione universale e di quella particolare che intendevano aggiungere.

Ragioni di sostanza esistono in ultimo per convincersi che la L. 8 cit. non appartiene a Paolo. I nostri due testi sono tratti da Ulp. 22 ad Ed. e da Paolo 18 ad Ed.; quindi, dopo le ricerche del Demelius, non è dubbio si riferiscano al giuramento convenzionale. Inoltre essi nei trattati vengono addotti a prova dell'efficacia dell'*exceptio iuris-iurandi*; ma invero il pretore, secondo i risultati ottenuti dal Lenel (Ed. P. § 54), non pensava in questo luogo all'eccezione, che era proposta sotto la rubrica « *Quar. rer. actio non datur* »; ma in una prima parte del suo editto prometteva di negar l'azione, nel caso avesse giurato il convenuto¹⁾, ed in una seconda parte accordava un'*actio in factum*, nel caso avesse giurato l'attore²⁾. Dato ciò, non v'è mo-

¹⁾ L. 3 pr., L. 7. 8. 9 pr. h. t. (dal LENEL, loc. cit.).

²⁾ L. 9 § 1, L. 11, L. 13 h. t.; L. 28 § 9, 10, L. 30 h. t. (dal LENEL, loc. cit.).

tivo di attribuire maggior efficacia verso i terzi al giuramento prestato da una delle parti in confronto a quello prestato dall'altra¹⁾. In altri termini, restringendoci all'ipotesi per noi interessante, non v'è ragione per ammettere che, se giura il reo « *rem suam esse* », l'azione si debba negare contro di lui, i suoi eredi e gli acquirenti della cosa a titolo particolare, ed invece, se giura l'attore parimenti « *rem suam esse* » l'azione non gli si debba concedere contro le stesse persone. Ora, considerando il commento di Ulpiano a sè, ed in maniera indipendente dalla compilazione, si rileva che il giureconsulto, nel caso giuri l'attore, non concede l'azione se non contro il reo e i suoi eredi: i terzi sono esclusi tutti dalla responsabilità:

Ulp. 22 ad Ed. L. 9 § 7 h. t.: « Si petitor iuravit possessore deferente *rem suam esse*, actori dabitur actio, sed hoc dumtaxat adversus eum qui iusiurandum detulit *eosque qui in eius locum successerunt*: ceterum adversus alium si velit praerogativa iurisiurandi uti, nihil ei proderit »²⁾

In bocca ad Ulpiano « *eos qui in locum successerunt* » non può indicare che gli acquirenti a titolo universale, poichè *in locum succedere*, ove nelle fonti classiche non ha senso di mero fatto, ma significato giuridico, è tecnico per gli eredi³⁾. V'è dunque da attendersi che, in coerenza a tale decisione, Ulpiano attribuisca uguale efficacia

¹⁾ Cfr. BERTOLINI, *Giuramento*, p. 125, nota 131.

²⁾ Cfr. L. 7 § 7 D. de Publ. 6, 2: « Si petenti mihi *rem iusiurandum detuleris* egoque iuravero *rem meam esse*, competit Publiciana mihi, sed *adversus te dumtaxat* ».

³⁾ I testi che usano la frase in senso di fatto furono adottati a suo luogo (V. in questo *Bull.* anno XIV, p. 128 sgg.): altrove essa si riferisce costantemente agli eredi. Cfr. Gai. IV, 34; Dig. I. 9 § 1. 2. 13 (su questa legge v. *Bull.* cit. p. 167); L. 34. 5. 1, L. 7 § 12. 6. 2; L. 1 pr. 6. 3; L. 36. 17. 2; L. 65 § 12. 17. 2 = Inst. 3. 25 § 7; L. 76 § 1. 18. 1; L. 1 § 1. 20. 6; L. 17 § 5. 22. 1; L. 54. 40. 5; L. 29. 42. 1; L. 42. 50. 17; Cod. Inst. L. 2. 10. 8 (a. 224); L. 13. 8. 45 (44) (a. 239). Tal senso dunque deve attribuirsi, considerandoli nella loro epoca, ai testi in cui la dizione « *in locum succedere* » può presentare un significato ambiguo (cfr. L. 1. C. 4. 55, sulla quale v. *Bull.* cit. p. 141 in nota, e L. 18 § 1 D. 8. 6, a meno che in quest'ultima legge non si pensi che « *in loco succedere* » abbia senso di fatto come negli altri testi ove appare: L. 12 § 19 D. 20. 4, e L. 12 D. 27. 9). La frase « *in locum succedere* » è riferita anche agli acquisti a titolo particolare solo da Giustiniano mediante interpolazione dei testi classici (L. 1 § 13 D. 43. 3; L. 5 § 1. 44. 3), od anche senza modificazioni formali (L. 156 § 2 50. 17 v. *Bull.* cit. p. 245) perchè il senso misto di *succedere* è per lui normale. Evidentemente in questa accezione egli intende sia preso il termine nella L. 9 § 7 di cui trattiamo.

al giuramento del convenuto. Ed infatti tale è il senso della L. 7 sopra riportata, ove si astragga dalle parole « etiamsi in rem successerint » che non appartengono in tutti i casi al giureconsulto. « Praetor », egli dice, « pollicetur se actionem non daturum neque in eum qui iuravit, neque in eos qui in locum eius... succedunt ». L'azione è negata contro il reo ed i suoi eredi. E qui la cosa è sicurissima, poichè tanto è vero che Ulpiano si riferiva ai soli eredi, che i compilatori stessi, per allargare il senso del termine *succedunt*, hanno creduto necessario annettere la L. 8 che cita la successione singolare. Lo stato di diritto che ci presenta Ulpiano è la parità dell'efficacia delle disposizioni pretorie per riguardo al diniego ed alla concessione dell'azione ex iureiurando, e la restrizione ai soli eredi degli effetti del giuramento convenzionale prestato dalle parti.

Se si ritiene invece che la L. 8 col suo « etiamsi in rem successerint » sia di Paolo, il commento di questo giureconsulto sta in contraddizione con quello di Ulpiano. Per di più, a mio credere, presenta anche una contraddizione tra le sue stesse parti. Nell'ipotesi che giuri l'attore (Ulp. L. 9 § 7 cit.), i compilatori fanno seguire alla decisione ulpianea la L. 10 di Paolo (18 ad Ed.): « quia non deberet alii nocere quod inter alios actum est », la quale mostra che i due giureconsulti erano concordi, e che Paolo nel suo commento diceva quel che dice Ulpiano¹⁾. Nel caso che giuri il convenuto egli verrebbe con poca coerenza ad ammettere una più estesa efficacia del giuramento senza credere utile di darne un motivo.

Se in fine vogliamo aver riguardo all'efficacia dell'*exceptio iuris-iurandi*, che dal lato attivo, nel caso che giuri il convenuto, deve coincidere colla *denegatio actionis*, non troviamo nelle fonti altra norma generale oltre quella contenuta in Ulp. L. 9 § 1 h. t.: « iureiurando dato vel remisso, reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero etc. ».

Ma il « sibi aliisque », formalmente per Ulpiano si riferisce alla spiegazione che egli ha dato delle parole edittali « neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet », intendendovi il reo ed i suoi eredi (L. 7 cit.); sostanzialmente non può nella sua mente avere altro senso, poichè Ulpiano nel nostro frammento commentava la formula

¹⁾ Cfr. in L. 7 § 7. D. 6. 2 come anche Ulpiano fonda la sua opinione con la frase: « ei enim soli nocere debet iusiurandum qui detulit ».

dell'actio in factum ex iureiurando, la quale sembra abbia previsto il caso di una *condictio certi*¹⁾, ed in tutti i modi questa era l'ipotesi presente al suo pensiero, come dimostra il seguito del testo (« an iuraverit dari sibi oportere »): onde è impossibile che con quell'inciso voglia riferirsi ad altri acquirenti fuori degli eredi.

Nella sede propria di questa eccezione poi, cioè sotto la rubrica « Quar. rer. actio non dabitur », non un testo si trova che tratti dell'efficacia attiva e passiva di essa rispetto ai terzi acquirenti a titolo singolare. Se un indizio anzi può trarsi dalle fonti a questo riguardo, esso è negativo.

In L. 1 § 2 *quar. rer. 44. 5* Ulpiano dice: « Si petitor fundi iurandum detulerit adversario, ut si auctor eius iurasset suum fundum se tradidisse, ab ea controversia discessurum se, exceptio possessori fundi dabitur ».

Ora io comprendo il dubbio, se i litiganti possano rimettersi al giuramento di un terzo in genere, ma non comprendo che esso possa nascere giustappunto per il giuramento dell'autore dell'attuale convenuto, se è stabilito che questo in massima gli giovi, anche se prestato prima dell'acquisto ed al di fuori del suo intervento. V'è forse differenza, per giustificare il dubbio sulla possibilità dell'inserzione dell'*exceptio*, tra questo caso e l'altro contenuto nel testo: che cioè le parti si rimettano per patto al giuramento dell'autore? Se una conseguenza può dedursi dal nostro frammento è quella che soltanto per convenzione, e cioè col consenso dell'attore, è possibile dare efficacia al giuramento dell'autore del convenuto, il quale quindi non si può giovare di un giuramento prestato prima sulla proprietà della cosa tra l'autore stesso e l'attuale attore.

Anche per questi riguardi pertanto l'« etiamsi in rem successerint » della L. 8 h. t., dal quale può dedursi l'efficacia verso i terzi acquirenti a titolo singolare dell'*exceptio iurisiurandi*, si dimostra poco in armonia con le fonti e deve eliminarsi dal diritto classico.

E con questa legge sparisce l'ultima testimonianza diretta dell'esistenza presso i giureconsulti romani del concetto di successione singolare. I testi, sui quali occorre fermarsi ancora, possono distinguersi in due gruppi.

¹⁾ LENEL, *Ed. P.*, § 54 (pag. 170 dell'Ed. francese, vol. I).

I. Il primo di essi comprende un paio di frammenti che invero non si servono esplicitamente di quel concetto, ma potrebbero essere citati siccome passi che in via indiretta lo presuppongono. Trattasi però di due leggi, di cui una è profondamente corrotta, l'altra è già stata dichiarata tocca dai compilatori giustinianeî.

a) L'una è la L. 3 pr. D. de B. P. 37. 1 (Ulp. 39 ad Ed.): « Bona autem hic ut¹⁾ plerumque solemus dicere ita accipienda sunt²⁾ universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur ».

La « successio universitatis » può far pensare al contrapposto di una successione singolare; ma la costruzione di questo frammento, evidentemente guasto nel suo principio che a noi più interessa, dà ben poca fiducia che ci troviamo di fronte al genuino dettato di Ulpiano. Il Mommsen, le cui note ho riportate, sopprime alcune parole per correggerne il testo; però le sue proposte non sono sembrate del tutto felici. Togliendo di mezzo, come egli vuole, l'« ut », il giureconsulto direbbe che il termine *bona*, nella bon. possessio, ha soltanto per lo più il significato di successione universale, comprendente insieme l'attivo ed il passivo (« bona hic plerumque solemus dicere... universitatis successionem »). Ma il Leist³⁾ ha giustamente osservato che ciò non può accettarsi, giacchè nella bon. possessio la voce è sempre usata nel detto senso. Ed infatti aggiungerei che ciò è provato dalla chiusa del frammento medesimo (« in hoc loco proprie bona appellabuntur »); onde con la rettificazione del Mommsen il linguaggio di Ulpiano perde molto in coerenza.

Il Leist (loc cit.) invece accetta la soppressione della frase « ita accipienda sunt », perchè, dice, non ha senso. Che non abbia senso addirittura non mi pare, in quanto essa può rappresentare la proposta di una definizione: piuttosto è da notare che per ragioni sintattiche mal si collega con quel che immediatamente segue nel testo

¹⁾ ut *del.* (Mommsen).

²⁾ ita accipienda sunt *del.* (Mommsen).

³⁾ Glücks, *Fortsetz.* Serie der B. 37. 38, vol. I (p. 221, nota 85 della traduzione italiana del Ferrini).

ulpiano. Ma tal fatto, se è una sicura prova che la legge è corrotta, non autorizza a sopprimerne dei brani. Inoltre, procedendo in tal guisa, si fa dire ad Ulpiano che il senso normale di *bona* nelle fonti classiche in genere, non nella *bon. possessio* in ispecie, è quello di *universitas* secondo la intendono i moderni, cioè comprese le passività: il che è ben lontano dall'esser vero ¹⁾.

A mio credere, ha in massima ragione il Lenel ²⁾, quando asserisce che i guasti del nostro frammento derivano da rimaneggiamenti dei compilatori giustinianeî. Egli però ritiene aggiunta tutta la frase iniziale: « *Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt* »; sul che mi si presentano dei dubbi. Ammettendo cioè tale larga interpolazione, quel che segue nel testo rimane sospeso, nè è facile (supponendo una semplice frase di passaggio) collegarlo, come sembra sia intenzione del Lenel, con la L. 1 h. t. che precedeva immediatamente nel commento di Ulpiano ³⁾: non è facile, perchè la ripetizione del concetto che v'è nei due testi, e quella letterale dei *commoda et incommoda*, diviene insopportabile, se di entrambi si tenta fare un unico ragionamento. Dello stile di Ulpiano occorre avere un motivo; e questo si presenta naturale se, come indica il frammento quale è, si accetta che il ritorno del giureconsulto sul proprio concetto e sui propri termini sia provocato dall'aver voluto egli dare una definizione indipendente. In sostanza ciò mi par certo, poichè le LL. 1, 3 h. t. formano una introduzione generale all'istituto della *bon. possessio* ⁴⁾, e l'ordine logico che vi si riscontra prova che in L. 1, L. 3 pr. - § 2 Ulpiano esplicava i termini del titolo editale: « *De bon. possessionibus* ». E quindi, dopo aver accennato nella L. 1 alla natura ed efficacia della *bon. possessio*, egli passava nella L. 3 pr. a definirla con riguardo alla parola « *bona* », allo stesso modo che lo vediamo procedere nei §§ 1. 2. della legge stessa per riguardo all'ef-

¹⁾ Sopprime le parole « *ita accipienda sunt* », e mutata l'interpunzione ordinaria, il LEIST (loc. cit.) infatti così ricostruisce il testo ulpiano: « *Bona autem hic, ut plerumque, solemus dicere universitatis cuiusque successionem* ».

²⁾ *Paltingen*. Ulp. 1085, nota 4.

³⁾ Ulp. 39 ad Ed.: « *Bon. possessio admissa commoda et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit: nam haec omnia bonis sunt coniuncta* ».

⁴⁾ LENEL, *Ed. P.* II, p. 66 (Ed. francese).

ficacia ed al senso giuridico della possessio (bonorum) ed alla definizione del termine « possessio »¹⁾).

Tutto ciò mi induce a ritenere che la tela dell'inizio della nostra L. 3 sia di Ulpiano: che cioè, messo pure da parte l'*autem* (può essere una delle solite legature diffuse a piene mani dai compilatori nelle Pandette), e tolta la frase « ut plerumque solemus dicere », certo inserita, perchè può rappresentare l'opinione dei giustinianeî sul significato dei *bona*, non le risultanze obiettive delle fonti — il rimanente del testo: « bona hic ita accipienda sunt » sia genuino, e valga come proposta di una definizione. E per conseguenza credo non dubbio che le parole « *universitatis cuiusque successionem* », le quali non si riattaccano grammaticalmente all'*ita accipienda sunt*, derivino da un'altra corruzione giustiniana dal dettato di Ulpiano, per quanto non mi riesca ricostruirlo. L'indizio formale non manca, ed è decisivo. L'uso del genitivo « *universitatis* », annesso immediatamente al nome di negozi che riguardino l'intero patrimonio (uso che dà ad *universitas* il senso di patrimonio per antonomasia — nel nostro testo: la successione nell'*universitas* di una persona qualsiasi), è evitato dalle fonti classiche, anzi non si trova che in questo frammento che nessuno negherà sia sospetto²⁾. Invece in Giustiniano tale forma è abituale. È sua la *donatio universitatis* (L. 35 § 4. C. 8. 53: « si quis universitatis faciat donationem »), suo il *fideicommissum universitatis* (L. 32 pr. C. 6. 42; L. 3 § 3 C. 6. 43; § 12 I. 2, 23: « fideicommissum universitatis sive speciale »), suo il *fideicommissarius universitatis* (L. 8 pr. C. 6. 49): e ciò mi toglie ogni dubbio che gli appartenga la nostra *successio universitatis*, come gli apparteneva la *successio per universitatem*. Confrontando i testi da me citati a proposito di quest'ultima forma³⁾ potrà anzi osservarsi come il suo uso corra parallelo nel linguaggio giustiniano a quello del genitivo *universitatis*: anche per la *donatio universitatis* non manca un riscontro nella Nov. 132

¹⁾ § 1: « Hereditatis bonorumve possessio.... non uti rerum possessio accipienda est: est enim iuris magis quam corporis possessio.... ». — § 2: « Boni igitur possessionem ita recte definiemus: ius persequendi etc. ».

²⁾ L'usus fructus universitatis che si trae da L. 70 § 3 D. 7. 1, non si riferisce al patrimonio: nonostante le parole: *id est universitatis*, che costruiscono questa relazione sono inserite. V. EISELE, *Zeitschr. der Sav.-St.* IV. p. 11.

³⁾ *Bull. Ist. Dir. Rom.*, anno XIV, p. 193 seg.

cap. 1 in fin. (ἐπὶ τῶν καθόλου δωρεῶν: de donationibus in universum) ¹⁾).

b) L'altro frammento cui sopra accennai è la L. 19 § 5 D. de aedil. ed. 21. 1. Ulp. 1 ad Ed. aed. cur.: « Deinde adiunt aediles: 'emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus.' Pollicentur emptori actionem et successoribus eius *qui in universum ius succedunt* ».

Su questo passo i compilatori non hanno mancato di portar la loro attenzione. Ulpiano spiegava le parole edituali « emptori omnibusque ad quos ea res pertinet », e nel seguito intendeva la voce « emptor » in senso ristretto al compratore vero e proprio²⁾; ma i giustinianeî hanno allargato questo significato, mediante apposita aggiunta, come ha dimostrato il Naber³⁾. Dalla stessa mano devono derivare le parole « qui in universum ius succedunt »; poichè col dire « et successoribus eius » Ulpiano aveva detto tutto ciò che era necessario per esplicare la seconda frase dell'editto. Quell'aggiunta è inutile, poichè, trattandosi della proponibilità dell'azione redibitoria che ha un fondamento obbligatorio, s'intende che i soli eredi del compratore possano usarne; e mi ripugna financo ammettere che Ulpiano abbia potuto pensare agli acquirenti a titolo singolare, sia pure per escluderli, ed abbia sentito il bisogno di esplicare il senso del vocabolo « successores » che adoperava.

II. Il secondo gruppo di testi comprende le seguenti leggi:

1. Pompon. 5 ad Sab., L. 37 de A. vel O. H. 29. 2: « Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea quae in nominibus sint, ad heredem transeant ».

2. « Iul. 2 definit., L. 11 de div. temp. praescr. 44. 3: « Cum heres in ius omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit etc. ».

¹⁾ Noto che i Basilici XL. 1. 1 (HEIMB. IV. p. 50) traducono « universitatis successionem » con: τὴν ἐν ὁμάδῃ διακατοχὴν. « In universum » si trova in Gai. 2. 177; 3. 103; però in contrapposto a « pro parte ». In senso assoluto è segnalato come giustiniano in L. 3 § 2 D. 7. 1 dal Fadda, Limiti di tempo all'usufr. etc., p. 21: di ciò si ha anche un esempio confrontando le Istituzioni giustiniane 2. 1 § 23 con Dig. 11. 1. 7 § 5.

²⁾ Cfr. L. 19 § 5 cit.: « emptorem accipere debemus eum qui pretio emit ».

³⁾ *Observat. Mnemosyne*, 1894, p. 83, interp. « sed si quis permutaverit...., experiri ». Cfr. L. 63 D. 21. 1.

3. Paul. 73 ad Ed., L. 70 in fin. de V. S. 50. 16: « Verba haec "is ad quem ea res pertinet" sic intelleguntur, ut qui in universum dominium, vel iure civili vel iure praetorio succedit, contineatur ».

4. Paul. 19 ad Ed., L. 128 § 1 de R. I. 50. 17: « Hi qui in universum ius succedunt heredis loco habentur ».

5. Iul. 6 digest., L. 62 de R. I. 50. 17: « Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit ».

Gai. 6 ad Ed., L. 24 de V. S. 50. 16: « Nihil est aliud hereditas, quam successio in universum ius quod defunctus habuit ».

6. L. 15 pr. C. de donat. 8. 53 (54¹). Diocl. et Maximian. a. 293: « Aeris alieni, quod ex hereditaria causa venit, non eius qui donationis titulo possidet, sed totius iuris successoris onus est ».

Però, per quanta importanza possano avere sotto altri riguardi, è certo che dal punto di vista de mio tema principale (l'esistenza nel diritto classico della successione singolare) essi presentano ben poco interesse.

Infatti, come giustamente nota il Bonfante ¹⁾, le formule: *successio in ius*, *iuris successor* sono tecniche per l'eredità ²⁾, nè vi è traccia che siano mai state adoperate ad indicare il trasferimento di un diritto singolo a titolo particolare.

Dato ciò, come la citazione in un testo della *successio in ius* dell'erede, o del *successor iuris*, non costringe di per sè sola (quando un contrapposto non sia esplicitamente o indirettamente costruito) a pensare di necessità all'esistenza di un altro genere di successione, così non può costringere nelle leggi sopra citate ad ammetterlo il solo apparire dell'*omne*, *universum*, *totum*. accanto a *ius* ³⁾. Baste-

¹⁾ *Istit. di Dir. Rom.* 3^a ed., p. 469.

²⁾ Per la forma: *successio in ius*, v. L. 4 § 15 D. 41. 3; L. 13 pr. D. 8. 4; L. 9 § 1 D. 2. 13; L. 177 pr. D. 50. 17; L. 3 pr. D. 37. 1. Per la forma: *successor iuris* v. L. 9 § 12 D. 28. 5; § 11 Inst. 2. 10 (Giustiniano); L. 9 § 1 D. 2. 13 (quia iuris successor his verbis significatur, *interp.*).

³⁾ Si confronti ad es. la L. 4 § 15 D. 41. 3 (« Heres, qui in ius defuncti succedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtivam esse conceperit ea et pepererit, non tamen usucapiet ») col testo sotto il n. 2, L. 11 D. 44. 3 (« Cum heres in ius omne defuncti succedit, ignorance sua defuncti vitia non excludit... usucapere non poterit quod defunctus non potuit »), e dovrà ammettersi che come la prima legge non presuppone necessariamente il contrapposto d'altra successione, così non lo induce la seconda. — Lo stesso è a dirsi della C. 15 de donat. (testo n. 6); con essa, siamo, è vero, fuori dell'epoca classica, ma le considerazioni ora fatte mi

rebbe poi, non dico la dimostrazione da me data, ma il semplice sospetto (che innegabilmente si impone) sulla derivazione giustiniana della successio in rem, di fronte alla successio in ius del diritto classico, per obbligarci, a causa di buon metodo, ad astenerci dal presumere il contrapposto in frammenti che non lo fanno, quando questi si considerino nel loro tempo e come espressioni dei giureconsulti romani, non come parti della compilazione giustiniana.

Sul fatto che non esista contrapposto necessario, potrebbero sorgere dubbi relativamente a due dei testi in questione. Anzitutto Paolo in L. 70. 50. 16 (testo n. 3) parla di « *succedere in universum dominium* », e ciò pare induca a pensare alla successione singolare in dominium. Ma si osservi che il passo intende indicare gli eredi civili e onorarii, e l'acquisto dell'eredità da parte di essi. Ora, comprendendo l'eredità un complesso di diritti reali ed obbligatori, è evidente che il termine *dominium* non può avere qui la comune accezione di proprietà, ma un senso generico di potestà. (L'osservazione è del Voigt). In secondo luogo sembra che Pomponio (testo n. 1) faccia addirittura il contrapposto di cui si tratta: « *Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium, succedit, cum et ea quae in nominibus sint ad heredem transeant* ».

A ben guardare però, anche se la frase segnata in corsivo si vuol ritenere genuina, il frammento non autorizza ad inferirne l'esistenza del concetto di successione a titolo singolare nella mente di Pomponio. Infatti, qualunque sia l'idea che si abbia dell'originario significato dell'eredità, ed in genere della successione romana, non è dubbio che la sua conseguenza sia l'acquisto del patrimonio da parte del successore, e quindi dei singoli diritti che lo compongono. Per-

portarono ad escluderla a suo tempo anche dai testi del codice che nell'epoca postclassica costruiscono ad evidenza una successione singolare. (V. in questo *Bull.*, anno XIV, p. 144).

La mia opinione sullo scarso valore che i frammenti citati nel testo hanno, come indici dell'esistenza di due specie di successioni, riceve maggior luce se i frammenti medesimi si confrontano coi passi avanti studiati, i quali veramente costringono, sebbene in via indiretta, a ritenere la duplicità della categoria dei successori e della successione. Così L. 9 § 1 D. 2. 13. dove i compilatori spiegarono il termine *successores* di Paolo, dicendo che vi si intendeva compreso il solo *successor iuris*; così L. 19 § 5 Dig. 21. 1: *pollicentur (aediles) actionem emptori et successoribus eius qui in universum ius succedunt*; e L. 3 pr. D. 37. 1: *universalis successio qua succeditur in ius*.

tanto, anche quando il concetto di successione non si applichi fuori degli acquisti universali, è naturale una terminologia la quale affermi che l'erede *succede* nei singoli diritti ¹⁾; e per converso il dire che l'erede succede nei singoli diritti patrimoniali, nel dominio delle *res singulae corporali*, non implica affatto che questa successione si abbia del pari da parte di chi non sia erede e per titolo diverso da quello ereditario. L'argomento che si volesse trarre dal modo di esprimersi del nostro frammento provverebbe troppo, poichè dai molti testi che accennano l'erede succede o non succede nelle singole obbligazioni e responsabilità ²⁾, si dovrebbe dedurre che nelle obbligazioni, fuori della eredità, i giureconsulti romani ammisero la successione particolare; ciò che nessuno vorrebbe mai sostenere.

Del resto in me sorge forte il dubbio che le parole « *non tantum singularum rerum dominium* » della nostra L. 37 non derivino da Pomponio. Esse sono con evidente soverchio sforzo rette dall' « *in* » che sta avanti ad *omne ius*, ed hanno l'impronta di una aggiunta. Inoltre difficilmente questo passo ha potuto sfuggire ad un rimaneggiamento da parte dei compilatori giustiniane, poichè nel lib. 5° ad Sab., dal quale è escerpito, Pomponio si occupava dei legati, come può vedersi dalla *Palingenesia* del Lenel: trattasi dunque con ogni verisimiglianza di una osservazione subordinata ed incidente del giureconsulto, la quale tendeva a giustificare tutt'altra decisione che non sia la pura e sem-

¹⁾ Nelle fonti esiste infatti la forma: *in iura succedere*, per l'erede: cfr. L. 1 § 1. C. 6. 4 (a. 210); L. 1. C. 4. 64, L. 1. C. 5. 73; L. 1. C. 7. 36 (Gordianus); L. 5 § 1. C. 2. 52 (53) = C. Th. 2. 16. 2 (a. 312); L. 13. C. Th. 3. 5 (a. 423); Nov. Ed. VII, cap. I. — Dallo stesso punto di vista si spiega la forma « *in hereditatem succedere* » che si trova anche in testi dell'epoca classica: cfr. Gai. 2. 177; Dig. L. 8 pr. 29. 2; L. 7. 34. 9.

²⁾ Cfr. § 6 Inst. 3. 24: « *Mortuo conductore intra tempora conductionis heres eodem iure in conductionem succedit* » (V. anche L. 4. D. de decurionib. 50. 2). — L. 63 § 8 D. 17. 2: « *quamvis heres socius non sit.... attamen emolumenti successor est* »; « *Heres non succedit in societatem* » in L. 6 § 6 D. 3. 2. L. 59 pr. D. 17. 2; L. 65 § 9. 11 eod. — L. 1 § 12 D. 48. 10: « *succedere in contractum* »; L. 5 § 6 D. 27. 9: « *succedere in stipulatum* ». — L. 2. C. 7. 51: « *succedere in vitium* » (Cfr. L. 11 C. 7. 32); « *vitiorum successor* » in L. 11 § 2 D. 6. 2. — L. 22 D. 39. 1: « *Heres in poenam non succedit* »; L. 26 D. 48. 19: « *nemo alieni criminis successor constituitur* ». — L. 6 § 2 D. 5. 2: La querela inofficiosa, una volta istituita, passa all'erede. « *Papinianus respondit esse successionem accusationis* ». Un senso di fatto sembrami invece abbia *successio* in L. 31 pr. D. eod. Così pure in L. 5 § 3 D. 46. 7; L. 4 D. 27. 8.

posizione dell'erede, ma citava questa siccome presupposto di essa; e sono stati i giustinianeî ad elevarla a decisione principale, indipendente per l'acquisto dell'eredità, inserendola a tal fine nel titolo: De A. vel O. H. — Il vederla poi introdotta in una serie di frammenti delle Pandette (L. 35-38 eod.) che parlano di siffatto acquisto in caso di più coeredi istituiti ex parte, serve di appoggio all'opinione del Lenel¹⁾, il quale ritiene che la nostra legge originariamente appartenesse ad un gruppo di testi riferentisi al *legatum partitionis* (*Paltingen*. Pomp. 448-451). Quivi Pomponio (fr. 448 = L. 26 § 2 de *legatis* I) dopo aver trattato della prestazione delle cose corporali ereditarie da parte dell'erede al legatario parziario, passava ad esporre il regolamento dei debiti e dei crediti. Mentre è quindi meno naturale che il giureconsulto abbia accennato di nuovo alle res corporali quando si occupava dei rapporti obbligatori compresi nell'eredità, la citazione di esse si comprende invece da parte dei compilatori, che disperdevano i testi sotto i titoli più svariati: e ciò, sia come influenza e ricordo della precedente decisione di Pomponio trasportata nel titolo dei legati, sia come mezzo di completare il passo nell'intento di renderlo adatto a significare l'acquisto dell'eredità nel suo complesso, al quale scopo essi volevano utilizzarlo²⁾.

¹⁾ *Paltingen*. Pomp. 450, nota 4.

²⁾ Le osservazioni ora fatte per eliminare i testi di cui ci occupiamo, dal novero di quelli che, considerati dal punto di vista del diritto classico, presuppongono il contrapposto della successione singolare, non implicano che io non ritenga verisimile l'opinione del Boufante (*Istituzioni*, 3ª Ed., p. 469, nota 2) che anche in essi l'*omne*, l'*universum*, il *totum* derivino da interpolazione, poichè è certo che, dato il concetto di successione che i giustinianeî avevano, l'antitesi dal loro punto di vista vi si deve scorgere: e tutto lo studio presente ha dimostrato che essi cercano di farla appunto di fronte all'*universum ius*. Argomenti di sospetto per singoli testi non mancano. Non è possibile infatti vedere una utilità nel *totus iuris* della C. 15 de donat. 8. 53 (54) e particolarmente nell'*universum dominium* della L. 70 in fine D. de V. S. 50. 16, dove la frase « qui... vel iure civili vel iure praetorio succedit » dice tutto. Quanto all'*omne* della L. 37 de A. vel O. H. 29. 2 e della L. 11 de div. temp. praescrip. 44. 3, mi è occorso di notare una certa tendenza nei giustinianeî di inserire questo aggettivo allorchè si tratta di trapassi a titolo universale (Cfr. Gai. 2, 98: « si cui heredes facti sumus... eius res ad nos transeunt » con Inst. Iust. 2, 9 § 6: « eius res omnes ad vos transeunt [in § 7, che è dei compilatori, l'*omnes* v'è due volte]; Gai. 2, 253: « si hereditas ex fideic. causa restituta sit, actiones ei et in eum darentur cui ex fideic. restituta esset hereditas » con Inst. Iust. 2, 23 § 4: « omnes actiones »).

Nella L. 37 cit. poi l'*omne* può essere conseguenza dell'inserito « non tantum

X.

L'esegesi dei testi ha presentato prove numerose, e talvolta, se io non erro, patenti, che nelle fonti di diritto romano il domma della successione singolare ha origine bizantina. Ragioni di ordine diverso da quello esegetico non mancano per venire alla medesima conseguenza. Essa emerge dal procedere dei compilatori delle Istituzioni giustiniane di fronte al sistema gaiano. In Gaio la parte che corrisponde al titolo: « ius quod ad res pertinet » comprende la materia che noi intitoleremmo: « dell'acquisto e della perdita dei diritti » —; ed il complesso del suo trattato dimostra che le categorie sistematiche da lui usate sono costruite in base al criterio dell'*adquisitio*: si nanno cioè acquisti per universitatem ed acquisti di res singulae (senza distinzione tra acquisti originari e derivativi).¹ Al solo primo membro di questa suddivisione, come avanti vedemmo, è applicato il concetto di *successio*; onde abbiamo successioni da un lato, ed acquisti di res singulae dall'altro.

singularum rerum dominium », e nella L. 11 de praescr. può essere il portato del fatto a suo tempo dimostrato, che i compilatori costruirono in tema di prescrizione il rapporto tra autore ed acquirente a titolo singolare sotto il concetto di successione; ora, è appunto per riguardo ai vizi del possesso che la posizione dell'acquirente a titolo singolare si differenzia da quella dell'erede: di qui il « succedere in omne ius defuncti » per quest'ultimo.

La L. 128 § 1 de R. I. 50. 17 apparteneva al commento di Paolo alla Publiciana (LENEL, *Palingen*. Paul. 298). Dai testi che abbiamo in proposito pare si debba rilevare che il giureconsulto esemplificava citando i vari successori, oltre gli eredi (Cfr. L. 12 § 1. D. 6. 2, LENEL, *Palingen*. Paul. 295 § 1): onde è vicino il dubbio che il nostro frammento sia uno dei soliti passi riguardanti i bonorum possessores che i compilatori trasportano nel titolo de R. I. o altrove per servire di massima generale (Cfr. L. 117. 50. 17 [LENEL, Paul. 202]; L. 2. 37. 1 [LENEL, Ulp. 486]); al luogo della frase generica: « Hi qui in universum ius succedunt » doveva esser detto che i bon. possessores possono usare della Publiciana « quia heredis loco habentur ».

Restano le famose definizioni di Giuliano e di Gaio (L. 62. 50. 17 = L. 24 de V. S.): ma anche in esse l'*universum* si regge male, poichè sarebbe storicamente strano che una definizione traslaticia non avesse nelle fonti per rappresentanti se non dei testi interpolati.

A favore dell'*universum ius* non credo si possa citare L. 36. 45. 3, perchè appunto le parole « nec potest — continetur » danno poco affidamento di genuinità.

¹) Gai. 2, 97. 98; 2, 191. Ugualmente Ulp. Reg. XIX, 2.

Le Istituzioni giustinianee accolgono fondamentalmente le dichiarazioni sistematiche di Gaio ¹⁾, ed altre che presentano lo stesso ordine di idee²⁾; ma nel tempo stesso Teofilo e Doroteo, specificando da una parte il concetto assoluto di *successio* usato da Gaio, col costruire una *successio per universitatem* ³⁾, e riassumendo in § 11. 2. 10 sotto lo stesso concetto di successione un acquisto a titolo singolare (legato), pongono accanto al sistema classico la teoria della propria scuola, secondo la quale, in confronto agli acquisti originari, tutti gli acquisti derivativi sono successioni, distinte in base all'oggetto (*universitas - res singulae*) ⁴⁾.

Come si vede, si ripete l'usuale apparizione, per cui i compilatori, dato il metodo cui si son sottoposti di escerpire i libri classici nell'ordine in cui li trovano costruiti, non sovrappongono, ma mettono accanto, alle teorie classiche le proprie, applicandole qua e là sporadicamente.

E la condizione delle cose non è diversa nelle Pandette. Anche esse conservano distinzioni generali classiche, fatte nel senso gaiano (L. 41. D. 1. 3 — Ulp. 2 Inst.), ed accolgono dappertutto, e specialmente nel lib. 41°, una vasta serie di frammenti classici che presuppongono la medesima idea sistematica di Gaio; e soltanto in pochi luoghi si riscontra la costruzione fatta in base al concetto generale di successione: costruzione che si rivela tale, non solo per l'uso dei termini « succedere » « successores », ma soprattutto pel fatto che il succedere dell'acquirente a titolo singolare è messo sullo stesso livello del succedere dell'erede, quasi che si trattasse dei due rami di uno stesso concetto giuridico. Ciò potrà accertarsi dando uno sguardo ai testi da noi ritenuti interpolati.

La esiguità del numero dei passi, in cui la teoria si mostra, avrebbe dovuto già di per sè dar luogo a sospetti. I testi che la presentano, come si è veduto, stentano a toccare la ventina, mentre in-

¹⁾ § 6 Inst. 2, 9; pr. Inst. 2, 20.

²⁾ pr. in fin. Inst. 2. 1 (ex Marcian. 1. 3 Inst.); § 40 ibid. (ex Gai. 1. 2 R. C.); § 6. 2. 5 (certo estratto da un libro classico).

³⁾ pr. Inst. 3. 10 (cfr. Gai. 3, 82); pr. Inst. 3. 12 (cfr. Gai. 3. 77).

⁴⁾ Un prodotto di tale preconetto teoretico può forse essere anche il mutamento della frase *tus successiois* di Gaio 2, 14 in *tus hereditatis* che si osserva in § 2 Inst. 2. 2. — Gaio aveva certo *tus successiois* perchè è ripetuto in L. 1. § 1 D. 1. 8.

numeri sono i luoghi dove essa si attenderebbe, e dove invece fa difetto. Si pensi ad esempio ai molteplici negozi giuridici portanti trasferimento di tutti i *bona*, al *legatum partitionis*, alla in iure cessio della eredità accettata, ed alla vendita dell'eredità stessa: non era forse qui il luogo più adatto per farci sentire la differenza tra le due specie di successione? E pure nulla si riscontra che accenni ad una tale teorica. Si ponga mente ai vari casi, nei quali la cosa trasferita è gravata di diritti reali che passano all'acquirente a titolo singolare. Anche qui il domma della successione è del tutto assente. — Il criterio cui mi riferisco è semplicemente statistico, ma non deve essere poco apprezzato nel caso nostro, giacchè, trattandosi di una teoria generale e di un punto di vista sistematico, non se ne spiega facilmente l'applicazione soltanto occasionale presso i giureconsulti romani che componevano i loro libri senza costrizioni esteriori di metodo, ma soltanto in base alle proprie idee sistematiche, mentre la si spiega presso i bizantini, legati all'ordine dei libri classici, e che, se una teoria avevano in mente, non potevano introdurla se non dove portavano la mano sui testi per modificarli.

Non lieve argomento poi, in pregiudizio della classicità di detta teorica, è il vederla apparire ove si tratta di passaggio all'acquirente a titolo singolare di obblighi personali e responsabilità dell'autore: un tema dove, anche quando l'idea della successione particolare fosse classica, è certo che la coscienza giuridica dei Romani avrebbe presentato la maggiore ripugnanza ad applicarla. Di responsabilità personali si tratta nell'obbligo di edere rationes dei banchieri, nel caso di occupazione arbitraria di legato, nel giuramento convenzionale ed in tutta la materia del trasferimento delle eccezioni che si fondano su rapporti obbligatori.

Si aggiunga, in corrispondenza a quanto si osservò per le Istituzioni giustiniane, che anche nelle Pandette la teoria della successione singolare non emerge dall'intima struttura dei testi e dal loro armonico complesso, come sarebbe da attendersi per un'idea fondamentale, ma è ad essi aggiunta, in modo, dirò così, sommario. Nella L. 9 § 1 de edendo 2. 13 è mal celata una recisa negazione di Paolo; nel caso dell'interdetto quod legatorum non si pensa a metter d'accordo Ulpiano con lo stesso Ulpiano che altrove dichiara tenuti a soddisfare soltanto il legatario e i suoi eredi; altrove, come nella cautio

damni infecti, la formula usata (successio in dominium) è inadatta all'ipotesi che si fa, ovvero, come nelle LL. 12 de a. et a. pl. a. 39. 3; 14 § 1, 5 § 1 de div. praeser. 44. 3; 3 § 2 de itin. 43. 19; 51 pr. de fideicomm. libert. 40. 5, vizia la costruzione logica dei frammenti classici; e nella stessa materia del trasferimento delle eccezioni agli acquirenti a titolo singolare, dove la teoria presenta una certa applicazione sistematica, sono lasciate sussistere accanto ad essa espressioni che rivelano un diverso indirizzo metodico, od altri appigli teoretici, come il rapporto di garanzia, e financo il criterio che forma il contrapposto a quello semplicemente logico-giuridico della successione: l'equità.



I risultati del presente studio mi sembrano interessanti dal punto di vista storico e dal punto di vista dogmatico.

Nel primo riguardo essi contribuiscono a dimostrare ancora una volta vera l'idea che sul carattere dell'eredità romana è nata e si è affermata nella scuola da cui derivò¹⁾. Perchè infatti le nostre ricerche hanno accertato che ancora per tutta l'epoca romana classica il concetto di successione non è un concetto generico pei trapassi patrimoniali, ma è l'esclusivo attributo di determinati istituti: la sua caratteristica dunque non può consistere nella qualità specifica dell'acquisto patrimoniale che in essi si avvera, ma deve essere cercata in un altro elemento che sia essenziale a costituire il tipo di quei rapporti. Ora la nota comune preponderante, testualmente indicata per alcuni di essi che rimontano alla più alta antichità, è l'acquisto di un titolo personale di potestà: così nell'adrogatio, nella conventio in manum, nella riduzione in ischiavitù: in tal senso sono successioni. È forza pertanto ammettere che uguale sia il carattere della eredità che appartiene alla stessa categoria di istituti²⁾. Ed il colo-

¹⁾ Cfr. BONFANTE (in lui la citazione dell'opinione dello Scialoja) *Bull. Ist. di diritto romano*, IV, p. 97 segg., VII, p. 151 segg. — Questa opinione è stata accolta anche dal Fadda.

²⁾ Gli altri tipi di successione venuti ad aggregarsi ai primi nella storia del diritto romano, non sono nell'epoca classica costruiti giuridicamente come tali, se non in quanto si finge che l'acquirente abbia il titolo di erede.

rito pubblicistico che aveva originariamente il titolo acquisito nei casi sopradetti, spinge a ritenere che uguale portata avesse in origine il titolo di erede, che conserva i residui del suo primitivo contenuto ancora nel diritto classico, in corrispondenza all'assetto che allora aveva la famiglia romana in contrapposto alla più antica.

La qualità del trapasso patrimoniale che si riscontra nei detti istituti (unicità dell'atto d'acquisto, *adquisitio per universitatem* e passaggio di rapporti altrimenti intrasmissibili) è conseguenza dell'acquisto del titolo; è conseguenza della successione: onde, come soltanto in quei determinati casi si può succedere in senso assoluto, così soltanto in essi si può succedere nei singoli diritti.

Mettendoci poi dal punto di vista dogmatico, è evidente che non ci si possa servire dei testi che usano il concetto di successione per gli acquisti delle cose a titolo particolare, allo scopo di sostenere che i classici abbiano veduto in tesi generale un rapporto di identità fra il diritto dell'autore ed il diritto dell'acquirente.

La formula *succedere in dominium*, che a tale uopo si invoca, è un portato delle teoriche giustiniane; ed essa poteva certo esprimere il concetto del subentrare nel diritto quale era in testa all'autore.

Ma, sparita siffatta idea, il complesso delle fonti dell'epoca classica mi spinge piuttosto a credere che i giureconsulti romani non abbiano ritenuto quel rapporto di identità, e tanto meno lo abbiano enunciato come principio. Già un indizio significativo si ha nel fatto, già notato, che essi, trattando degli acquisti del dominio, non distinguono teoricamente gli acquisti originari dagli acquisti derivativi, poichè nella loro partizione sistematica si preoccupano soltanto di indicare se si riferiscano al diritto civile o al diritto delle genti. La fraseologia poi che ci rimane, dopo avere eliminata la successione singolare, conduce ad un risultato contrario all'idea di identità¹⁾. Alcune espressioni non indicano se non l'effetto che il trasferimento ha per riguardo all'alienante (così: *dominium abit, recedit*²⁾; domi-

¹⁾ Nel seguito rilevo soltanto i testi che accennano al passaggio del *diritto*, tralasciando la serie parallela di frasi che si riferiscono al trasferimento od acquisto della *res*, come: *rem ad alium transferre, rem mancipio dare, in iure cedere; res transit; rem alterius fieri, rem capere, rem accipere.*

²⁾ Dig. L. 66. G. 1; L. 12. 7. 9; L. 10 § 2. 3. 13-1; L. 35. 41. 1.

nium o proprietatem transferre¹⁾); altre indicano lo stesso effetto dal lato dell'acquirente (così: dominium adprehendere²⁾ nancisci³⁾; dominum fieri, effici⁴⁾); altre in fine si riferiscono al fatto obiettivo del trasferimento (così: dominii alienatio, translatio⁵⁾; dominium transit⁶⁾). Ad esse però non è lecito richiamarsi nella presente questione, sia perchè le troviamo usate anche per gli acquisti originari, e quel che è più ne abbiamo di perfettamente simili pel possesso e per le obbligazioni, dove certo il possesso acquistato è un fatto nuovo, e così diritto nuovo costituisce l'obbligazione trasferita⁷⁾, sia perchè in sostanza da quei modi di dire si può trarre tutt'al più la conseguenza che il diritto acquisito è dello stesso tipo giuridico di quello dell'autore, è dominio come era dominio quello dell'autore; ma sul rapporto di identità o non identità dei due diritti, essi nulla dicono. A tale proposito abbiamo invece una serie di testi, i quali affermano che nei casi di acquisto derivativo a titolo singolare « dominium, proprietas mutatur »⁸⁾, come nei casi di acquisto originario⁹⁾, mentre per gli eredi si trova detto: « dominium continuatur »¹⁰⁾: lì si ha sempre dominio, ma è un altro; qui continua, permane il dominio dell'autore.

Se si passa a considerare le decisioni sostanziali contenute nelle fonti, non si scorge in alcune, se non il rapporto di dipendenza dell'acquisto del diritto dalla esistenza del diritto in persona dell'autore; ma con ciò nulla è necessariamente detto sulla qualità dei due diritti.

¹⁾ Vat. 263; Dig. L. 1 § 1. 1. 19; L. 14 § 1. 9. 4; L. 64 § 4. 21. 2; L. 6 § 2. 26. 8; L. 6 § 4. 39. 3; L. 9 § 7. 41. 1 = § 46 Inst. 2. 1; § 31 pr. 41. 1.

²⁾ Ulp. Reg. 19, 7.

³⁾ Ulp. Reg. 19, 16; e frequentemente nei Digesti.

⁴⁾ § 6. Inst. 2. 20; Dig. L. 9 § 4. 22. 6 e passim.

⁵⁾ Fr. de form. Fab. (*Coll. Libr. Jur. Antetust.* III, p. 300 sub 5), Dig. L. 4 § 2. 4. 7.

⁶⁾ Vat. 268; Dig. L. 80 § 3. 18. 1; L. 1 § 43. 43. 30 (interp.).

⁷⁾ Inst. 2. 1 § 33. — Dig. L. 4 § 2. 4. 7; L. 1 § 2. 6. 2; L. 10. 8. 4; L. 6 § 3. 40. 7; L. 18 § 1. 41. 2; L. 1 § 43. 43. 20 (interp.).

⁸⁾ Dig. L. 19. 7. 4; L. 47 § 6. 15. 1; L. 67 § 9. 47. 2; L. 39. 19. 2; L. 1 § 5. 6. 47. 4.

⁹⁾ Inst. 2. 1 § 31.

¹⁰⁾ Collat. 16. 3. 6; Inst. 3. 1 § 3; Dig. L. 31 pr. 40. 7; L. 18. 7. 4, dove è in sostanza negato che con l'acquisto dell'eredità si abbia mutamento di dominio; le ragioni date per affermare la permanenza presso l'erede dell'usufrutto son due: il non esservi cambiamento di dominio (cfr. L. 5 § 1. 7. 4), ed in tutti i casi il fatto che il dies legati non cede prima dell'adizione (cfr. L. 1 § 2. 7. 3).

Così:

Gai. L. 27 § 1 D. de nox. act. 9.4: Il creditore pignoratizio od il non dominus che diano in noxa il servo pegnorato o tenuto come proprio non restano liberati, « quia nullum ad actorem dominium transferre possunt, cum ipsi domini non sint ».

Ulp. L. 11 § 2 D. de act. empti 19.1: « Quae res (mancipatio, traditio), si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum etc. ».

Paul. L. 9 § 4. D. de iur. et facti ignor. 22.6.: « Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur ».

A favore della identità del diritto si citano invero alcune massime, come:

L. 175 § 1 D. de R. I.: « Non debeo melioris condicionis esse quam auctor meus a quo ius in me transit.

L. 54 eod.: « Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet »¹⁾.

Ma anzitutto, anche considerandole isolatamente, esse esprimono un concetto di *limite* (non può passare di più) e non un concetto di identità: cioè non implicano che il diritto acquisito non possa essere diverso per altro riguardo e più debole. In secondo luogo è da notare che tali massime non furono enunciate dai giureconsulti a proposito di trasferimenti di res singulae, l'unico caso di successione singolare che conoscano le fonti, giacchè esse nei libri classici hanno la loro sede nella materia ereditaria. La L. 175 cit. appartiene a Paolo l. 11 ad Plaut. (Lenel, *Palingen.* Paul. 1182), e Paolo nei libri 11 e 12 di quest'opera si occupava appunto del diritto ereditario: il concetto della legge stessa si trova inoltre ripetuto in Paolo per gli eredi in L. 120 D. 50.17: « Nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit (Cfr. Lenel, *Palingen.* Paul. 240: de restitutione heredum). E così pure la L. 54 cit. (Ulp. 46 ad Ed. Lenel, *Paling.* Ulp. 1200) appartiene al trattato di Ulpiano all'editto de bon. possessionibus, ed in particolare alla bon. possessio ab intestato. Il Lenel (loc. cit. n. 1)

¹⁾ Per la L. 160 § 3 de R. I. 50.17 cfr. quanto si disse innanzi (*Bull. Ist. diritto romano*, anno XIV, p. 268 segg.

accenna che potrebbe riferirsi alla *in iure cessio hereditatis*; ma in tal caso essa non può aver riguardo che alla *in iure cessio* della eredità legittima non ancora accettata di cui in Gai. 3. 85-87, (il Lenel la connette appunto al titolo: *unde legitimi*), poichè così soltanto si spiega il condizionato «*plus iuris quam ipse haberet*» di cui parla, e che suppone un pensiero da cui dipenda, come: se avesse adito, se avesse accettato. Siamo adunque sempre in tema vero e proprio di trapassi a titolo universale perchè l'acquirente è erede.

Nel fatto i giureconsulti hanno avuto ragione a non dettare quelle massime pei trasferimenti di *res singulae*, poichè non è affatto vero che in diritto romano in ogni ipotesi non si possa trasferire un diritto più forte di quello che si ha «*Non est novum*», dice la L. 46 D. 41. 1, «*ut qui dominium non habeat, alii dominium praebeat; nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit*» (Cf. L. 4. D. 13. 7). E che non sia l'unica ipotesi (non est novum) lo dimostra il fatto che la legge, tratta dal lib. 65 ad Ed. di Ulpiano, appartiene al titolo «*de curatore bonis dando*» e, secondo l'acuta osservazione del Lenel (*Palingen*. Ulp. 1447 not. 1) vuol alludere alla validità degli atti del curator, di cui in L. 2 § 1. D. 42. 7.

Si potrebbe invero scorgere il concetto di identità nei due passi seguenti:

Ulp. 49 ad Ed. L. 2 pr. de H. vel A. vend. 18. 4 (Lenel, *Palingen*. Ulp. 2962: de stipulatione emptae et venditae hereditatis): «*Venditor hereditatis satisfacere de evictione non debet, cum id inter eumentem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esset: plane de facto suo venditor satisfacere cogendus est.*

Paul. 14 ad Plaut. L. 13 eod. (Lenel, *Palingen*. Paul. 1203: de H. vel A. vendita): «*Quod si sit hereditas et si non ita convenit, ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet, tunc heredem se esse praestare debet: illo vero adiecto liberatur venditor si ad eum hereditas non pertineat*».

Ma ciò che spiega queste espressioni dei giureconsulti Ulpiano e Paolo è la natura particolare del negozio di cui trattano (vendita di eredità) e la qualità dell'oggetto di questo negozio: l'eredità. Il fine da raggiungere è quello di costituire l'emptor nella stessa posizione giuridica che avrebbe avuto il suo autore come erede; ma si guardi

che a tale fine non si può pervenire se non attraverso un meccanismo di convenzioni cauzionali che dimostrano, se mai, come l'identità dei diritti non sia una conseguenza naturale del semplice fatto del trasferimento. Ad ogni modo, dall'essere nel caso di vendita d'eredità rilevata l'identità dei diritti, non è lecito trarre deduzioni per ogni trasferimento a titolo singolare, poichè nella vendita suddetta sono compresi rapporti obbligatori, ai quali le deduzioni stesse dovrebbero estendersi contro le risultanze sicure delle fonti.

Rimangono, se io non erro, solamente due testi che potrebbero addursi a favore dell'idea di identità nei passaggi di dominio a titolo singolare:

Pomp. L. 67 D. de contrah. empt. 18. 1: « Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset, idque toto iure civili ita se habet [praeterquam si aliquid nominatim sit constitutum] ».

Ben si vede però che l'identità del diritto trasferito e del diritto acquistato non è qui ammessa se non nel limite sino al quale si estende il concetto di *causa*. Ed anche in quest'ambito potremmo dire che Pomponio con le parole ultime: « praeterquam... constitutum » avrebbe portato una restrizione alla sua sentenza, se la genuinità di esse non fosse sospetta (Lenel, *Paling.* Pomp 323 not. 4). È certo però che il concetto di *causa*, non essendo determinato nel suo contenuto, lascia aperta la quistione di vedere sin dove il diritto nuovo è uguale all'antico, ed in che ne differisce. Di questa *causa*, che è poi la condizione obbiettiva, lo stato in cui trovasi il dominio, fanno certamente parte i diritti reali che lo toccano, ma non vi sono compresi certamente quelli che, pur avendo lo stesso contenuto materiale, sono costituiti sulla cosa in forma obbligatoria: una servitù di passo segue il dominio nelle mani dell'acquirente a titolo singolare, ma non può riguardare il nuovo domino la stessa facoltà, o lo stesso peso se essi furono costituiti dall'autore in via obbligatoria. Del resto che Pomponio avesse presente al pensiero una categoria ristretta di rapporti giuridici, risulta anche dall'originario più che probabile riferimento del testo al ius praedictorium (Lenel, *Palingen.* vol. II, p. 78 not. 3). I *praedia subsignata* possono alienarsi, ma quella specie di pegno da cui sono gravati li segue in mano dell'acquirente.

Ulp. L. 20 pr. § 1 D. de A. R. D. 41. 1.: « Traditio [mancipatio] nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit [mancipat]. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo [mancipando] transfert, si non habuit, nihil transfert. § 1. Quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit [mancipat]: si servus fuit fundus cum servitutibus transit, si liber, uti fuit: et si forte servitutes debebantur fundo qui traditus [mancipatus] est, cum iure servitutium debitarum transfertur.

Il principio della legge non contiene che il concetto di limite già altrove notato, e che qui viene affermato per la mancipatio, e l'altro della dipendenza del diritto acquisito dal diritto dell'autore; ma il § 1 formalmente stabilisce l'identità dei due diritti. Conviene però aver riguardo che, se Giustiniano, inserendo questo frammento nel titolo: de A. R. D., e sostituendo a mancipatio, traditio ne ha fatto una massima per ogni trasferimento di proprietà, Ulpiano non aveva in effetto presente se non il caso della mancipazione a scopo di vendita. E di vero il testo è escerpito dal lib. 29 di Ulp. ad Sab. che tratta di tale materia (Lenel, *Palingen.* Ulp. 2721). Io non voglio erigermi a critico di Ulpiano per vedere se con la sua espressione generica: « dominium tale transfertur, quale fuit etc. » egli non abbia anche in questa ipotesi passato il segno, statuendo l'identità del diritto, perchè passano le servitù attive e passive, unica cosa in sostanza di cui egli si preoccupi nel nostro testo ed in quelli che seguono nel suo commento (Lenel, *Palingen.* Ulp. 2722-2724); mi basta notare che, se la sua mente nel caso di mancipatio venditionis causa è stata trascinata ad una identificazione generale del diritto trasferito e del diritto acquisito, noi non siamo autorizzati a dedurre che essa si sarebbe determinata nello stesso senso in altra ipotesi; ad es. nell'ipotesi di mancipatio dotis causa, nella quale certo il dominio acquistato dal marito sul fondo dotale è ben diverso da quello che aveva il costituente la dote, nonostante il passare delle servitù. Neanche questo frammento dunque porge alcuna prova dell'esistenza presso i giureconsulti romani di un concetto assoluto riguardante l'identità del diritto come principio negli acquisti di cose singole a titolo particolare.

Con le osservazioni sin qui fatte non ho inteso di approfondire in tesi astratta la questione riguardante tale principio. Ho voluto

soltanto mettere in evidenza quello che a me è parso il risultato obiettivo dello studio delle fonti classiche in relazione al mio tema principale. E sarò lieto se l'accertamento della inesistenza presso i giureconsulti romani del concetto di successione singolare, ed il materiale di testi che ho citati per dimostrare che nella loro mente il diritto acquisito a titolo particolare, anche nei trasferimenti diretti, non si presentò in via generale e di massima siccome identico a quello precedente sotto tutti i riguardi, possano porgere elementi di critica per l'apprezzamento del nostro concetto di successione giuridica. Noi in sostanza, avendo ereditato da Giustiniano, attraverso la venerazione di tanti secoli, una teorica la cui applicazione senza metodo riesce inspiegabile in quei maestri della tecnica che furono i giureconsulti romani, riteniamo il termine « successione » sinonimo di acquisto derivativo, quasi che il trasferimento patrimoniale a titolo ereditario, e quello a titolo particolare rappresentino fenomeni giuridici perfettamente simili. E pure io non so persuadermi che ciò sia giustificato. Si lasci pure da parte la quistione nella quale il Kuntze ha esercitato la genialità del suo ingegno e le attrattive artistiche del suo stile: se cioè il mutarsi del soggetto importi di per sé differenza di diritto — essa è puramente teorica. Dal punto di vista giuridico e pratico parmi più importante osservare la sorte che corre nel caso dell'erede ed in quello dell'acquirente a titolo singolare il rapporto giuridico obiettivamente considerato. L'idea fondamentale del diritto ereditario è quella appunto che i rapporti giuridici i quali si raggruppano intorno al *de cuius* (e che secondo le vedute di un determinato tempo non si intendono periti con lui) debbano restare immutati nel loro contenuto ed in tutte le loro attinenze; l'erede li riceve quali sono e come tali li conserva. E pel solo erede si trova detto dai romani: « *eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat* » (L. 59 D. de R. I. 50. 17), giacchè si tratta di una cerchia di interessi che si vuol mantenuta intatta.

Al contrario, nel caso dei trasferimenti a titolo particolare il rapporto giuridico esce da una cerchia di interessi per entrare in un'altra indipendente: se lo si considera isolato, non rimane sempre immutato nel suo contenuto, ma nelle mani dell'acquirente è bene spesso, oggidì specialmente, più forte o più debole: se lo si considera, come deve farsi per non costruire teoremi cui si ribella la pratica giuridica,

in tutte le relazioni che lo investono in una determinata cerchia patrimoniale, è sempre diverso, poichè di tali relazioni, quelle obbligatorie per principio non passano all'acquirente, ed il rapporto giuridico viene invece a connettersi con quelle del nuovo titolare.

Operiamo dunque noi bene, specialmente dal punto di vista didattico e pratico, a formulare un concetto generico di successione, con l'idea di identità che esso implica, quando questa dobbiamo sconfessare in una delle specie che sott'ordiniamo al concetto medesimo? Il Windscheid (Pand. § 64 nota 5) crede che la quistione della identità del diritto si può abbandonare: se si è d'accordo che è vero pel successore tutto ciò che è era vero per l'autore, e che non si è mutato se non il soggetto, si deve convenire che è una espressione comoda il dire che il diritto è rimasto il medesimo. Ma appunto quello che è difficile sostenere è che negli acquisti a titolo singolare tutto ciò che era vero per l'autore è vero pel successore; e quindi è da pensare se non divenga incomodissimo enunciare che il diritto rimane il medesimo. Mi si concederà che il concetto di successione, collocato in cima al sistema, come il carattere giuridico di tutti i trasferimenti patrimoniali, presta il fianco a molte obiezioni, giacchè esso vi segue per spiegare alcuni fenomeni, come ad es. il trapasso dei diritti reali costituiti sulla cosa trasferita (fenomeno del resto non proprio dei soli acquisti derivativi), ma vi abbandona, anzi vi contraddice se si tratta di spiegare come non passino i rapporti obbligatori; e ciò, se non mi inganno, significa che il concetto è fallace come concetto. Se Giustiniano se ne serve per costruire il trapasso delle eccezioni agli acquirenti delle cose a titolo singolare, e se ciò può sembrare a prima vista bello ed appropriato ¹⁾ l'esempio medesimo dimostra l'imprati-

¹⁾ È per questa via infatti, che noi vediamo nei Basilici apparire quella che, salvo mio errore, è la prima esposizione dogmatica della teoria della successione singolare. Essa è formulata a proposito dei testi che accennano al trasferimento delle eccezioni. Cfr. sulla L. 17 § 5 Dig. de pactis 2. 14 Bas. HEIMB., vol. I, p. 588 sub 13): « Nota autem, et in una re esse successionem: emptor enim et qui donatione accepit, in re hac sola successores videntur esse eius qui antea possedit » — Sulla L. 7 de iureiur. 12. 2. Bas. HEIMB., vol. II, p. 631 seg.: « Successorem autem non solum intelligimus eum qui in universa bona succedit, sed et eum qui in rei dominium succedit. Et nota, licet unius rei successor sit, non iuris incorporalis, ut heres.... tamen eum in ipsa re personam prioris possessoris sustinere, et iuribus quae ad tuendam possessionem et rei dominium prosunt, utiliter uti, quale est iusiurandum et allegatio seu defensio quae in re competit ». — Steph.: « em-

cabilità del concetto, poichè per logica deduzione, dovremmo sempre ov'è successione ammettere il passaggio dei rapporti obbligatori di qualsiasi natura riguardanti la cosa.

Questi cenni si intendano posti qui per quel che valgono: essi eccedono dallo scopo d'indole tecnica romanistica del mio lavoro: lo si accetti come un modesto studio esegetico.

CARLO LONGO.

ptor, et qui ex causa donationis vel legati rem accepit, quantum ad ipsam rem, ut saepe dictum est, personam prioris possessoris sustinere videtur. Nam successor est, ut dixi, in rem et respectu ipsius rei, sicut saepe dictum est, una persona esse intelligitur prioris possessoris et eius qui nunc rem possidet ». La stessa idea a proposito di L. 8 ibid. Bas. HEIMB., vol. II, p. 532. - V. anche ad L. 7 § 2, 13. I Bas. HEIMB., vol. V, p. 432. — L'apparire di Stefano, il professore della scuola di Costantinopoli mentre era ancor vivo Giustiniano, porge campo a pensare: queste teoriche sono state costruite in seguito alla compilazione, o sono i Digesti che portano le tracce di teoriche delle scuole greche? Dopo lo studio che abbiamo fatto non esito a decidermi per la seconda ipotesi; anzi nei testi dei Basilici sopra citati vedo una prova di più che la successione singolare è una intrusa nelle fonti classiche. In tutti i casi quelle note dei Basilici sono la più bella testimonianza della confusione di idee cui porta tale teoria; in esse si trovano semplicemente applicate agli acquirenti a titolo singolare delle massime relative al diritto ereditario (personam auctoris sustinere - una persona etc.).

LA "LEX CINCIA DE DONIS ET MUNERIBUS",

Un *plebiscitum* del 550/204, fatto per proposta del trib. pl. M. Cincius Alimentus, proibiva i *dona et munera*¹⁾. Nel testo originario e per il fine al quale tendeva, la legge doveva riferirsi esclusivamente ai *munera*, vietare cioè di ricevere regali, imposti più che da generosità e liberalità vera e propria, da obblighi di convenienza e consuetudine, p. es. regali in favore di parenti e amici in talune occasioni, o per compenso di certi servizi (così nel caso « ob causam orandam »), o per i vincoli di clientela, e simili. Infatti questo plebiscito è identico alla *muneralis lex* menzionata dal contemporaneo Plauto²⁾. Inoltre a *munera* soltanto accenna l'altro plebiscitum, contemporaneo o quasi, detto Publicium, che ha una tendenza non differente da quella del nostro, come ora vedremo³⁾. Fino negli ultimi tempi della repubblica si mantiene l'antico significato⁴⁾, e anche in Tacito (II. cc.), nel cui tempo si conservava il testo autentico della legge. Più tardi però i *munera* furono interpretati per *dona et munera* (ovvero per *dona* semplicemente, come si vede nei documenti dell'età imperiale: in Vatic. fragm. 298 e 304 sg.). Si aggiunga che un divieto legale di donazioni ispirate da mera liberalità, nei tempi più antichi, non avrebbe avuto senso⁵⁾. Il contenuto del plebiscito era in teoria una

¹⁾ CICER. *de senect.* 4, 10 (dove si rileva la data); *de orat.* II, 71, 286; *Ad Att.* I, 20, 7. PLAUT. apd. Fest. s. v. « Muneralis ». LIV. XXIX, 20, 11; XXXIV, 4, 9. TACIT. *Ann.* XI, 5; XIII, 42; XV, 20 etc. I testi specialmente in DAREMBERG et SAGLIO, *Dictionn. d'Antiq.* s. v. « lex », p. 1135.

²⁾ Loc. cit., dove la spiegazione che dà Festo è inutile.

³⁾ MACROB. *Saturn.* I, 7, 33.

⁴⁾ Così nella *lex Iulia de repetundis*, proibente ai magistrati di accettare doni oltre un dato limite.

⁵⁾ POLIBIO, vissuto non molto dopo la data della legge, riferiva che non erano costume dei Romani le donazioni gratuite (rel. XXXII, 12, 9). Cf. MOMMSEN, *Röm. Gesch.* I^a, 850.

proibizione assoluta. Si fissò poscia un «modus legitimus» da non oltrepassare¹⁾. Del resto analoghe misure si stabilirono, p. es. per il *fenus*²⁾.

Consideriamo ora quali ragioni e circostanze determinassero o influissero sull'origine della *lex Cincia*.

Secondo le fonti, la legge ebbe per fine diretto, immediato la liberazione delle classi più povere dalle pretese dei ricchi e potenti. Se in Livio si dice che «*vestigalis iam et stipendiaria plebs esse senatui coeperat*», i vocaboli *plebs* e *senatus* hanno qui significato generico, cioè denotano rispettivamente il ceto inferiore e il patriziato³⁾. È noto che dei patrizi avevano bisogno i clienti, e anche la plebe (i cui rapporti con la clientela sono conosciuti): così nella pratica giudiziaria⁴⁾. Da tale bisogno dell'opera dei patrizi era derivata necessariamente la consuetudine obbligatoria dei doni⁵⁾. Adunque la *lex Cincia*, popolare nel suo carattere e scopo, intendeva - col divieto dei *munera* - al bene delle classi inferiori in generale. Fra queste il posto principale spettava ai clienti, ai quali principalmente si riferisce la tradizione⁶⁾. Erano compresi probabilmente anche i liberti⁷⁾, i quali avevano in quei tempi bisogno di protezione contro la nobilitas e il senato⁸⁾, non essendo ancora divenuti potenti (ciò che si effettuò nell'ultimo secolo della repubblica); onde anche ad essi doveva venire in aiuto il partito democratico coi suoi progetti legislativi. Se fra i «*servi*» dei Vatic. fragm. (307), messi fra le «*personae exceptae*» dalla *lex Cincia*, è necessario includere anche i liberti, si deve ammettere, che originariamente l'*exceptio* fosse per i soli servi

¹⁾ CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, I, 557 sgg.; e VOIGT, *Röm. Rechtsgesch.* I, 401, n. 3, etc.

²⁾ Vedi nostro articolo *Sui fenus*, Modena, 1901.

³⁾ LIV. XXXIV, 4, 9. FEST. s. v. «*Patres*», dove *senatores* è sinonimo di *patres*.

⁴⁾ VOIGT, in *Handb. Müller*, IV, 2, p. 306, n. 43. Quantunque i clienti potessero da sé soli agire nei giudizi.

⁵⁾ Non ostante la diversa opinione di E. HERZOG, *Gesch. u. System. d. röm. Staatsverfassung*, I, 366.

⁶⁾ In PLUT. *Rom.* 13, si accenna al predetto divieto, imposto ai potenti, di prendere *χρήματα* dai più poveri, i quali sono precisamente i clienti, poichè immediatamente prima si parla dei doveri dei clienti (Cf. anche DIONYS. HAL. II, 10; GELL. N. A. XX, 1, 40; e anche PLAUT. *Men.* IV, 2, 2): doveri probabilmente antichi.

⁷⁾ Obbligati anch'essi a doni (FEST. s. v. «*Cereos*»). Cf. in generale *Dictionn. DAREMBERG et SAGLIO*, s. v. «*libertus*», 1204.

⁸⁾ Si ricordi l'opera del censore TI. Sempronio Gracco nel 586 (LIV. XLV, 15).

propriamente detti, e solo in età recente, si estendesse agli affrancati, per opera della giurisprudenza¹⁾.

La *lex Cincia* pertanto corrisponde, per la sua indole e le sue tendenze, alle condizioni dei tempi, e ha relazione coi bisogni di miglioramento delle classi meno abbienti, dopo la grave crisi della guerra Annibalica.

Non ebbe in principio la sanzione giuridica (fu cioè una *lex imperfecta*), ma non le mancò mai quella morale, conforme ai costumi della vita sociale di allora²⁾. Acquistò poi l'efficacia giuridica; e finalmente si ebbe dal pretore l'*exceptio legis Cinciae*³⁾. Col tempo acquistò nuovi significati ed estensione, per opera del *ius honorarium* e della giurisprudenza; e con essa si collegò la teoria delle donazioni del diritto romano classico⁴⁾.

Finalmente è da notare, che il *plebiscitum Publicium*, proposto da un trib. pl. *Publicius* (non dal pretore del 519/235 M. *Publicius Malleolus*), al fine di liberare i clienti dai gravi pesi loro imposti, a titolo di munera, nell'occasione dei Saturnali, dai cupidi patroni⁵⁾, deve mettersi accanto al nostro, e ritenersi per contemporaneo, od un po' posteriore.

F. P. GAROFALO.

¹⁾ Cf. CUQ, op. cit. I, 558 sg. che non fa la dovuta distinzione fra le varie età della legge.

²⁾ Sacri erano i rapporti fra patroni e clienti (SERV. in *Aen.* VI, 609; BRUNS, *Fontes*², tab. VIII 21; VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, p. 814 sg.).

³⁾ Per tutto cf. CUQ cit. 463 sg.; 560, n. 2. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Rom.* p. 190, n. 3.

⁴⁾ Sulla quale vedi ASCOLI, in *Bull. istit. dir. romano*, VI (1893), p. 171 sgg., che la studia compiutamente. Puoi anche cf. KRUEGER, *Hist. des sources du droit rom.* trad. BRISSAUD, p. 175 sg. ecc.

⁵⁾ MACROB. loc. cit.; vedi LIV. XXVII, 20, 11.

A Liv. III, 55, 7: Sui "Decemviri stlitibus iudicandis",

Nel famoso passo di Livio (III, 55, 7) si parla dell'inviolabilità stabilita dalle leggendarie *leges Valeriae Horatiae* dell'a. 305/449 in vantaggio delle restituite cariche della plebe, cioè «*tribunis plebis aedilibus iudicibus decemviris*».

Si suole ammettere che ivi si faccia menzione dei tribuni pl., degli aediles pl., e inoltre di una terza magistratura senza dubbio plebea, degli *iudices decemviri*. Si deduce quindi l'esistenza, coeva a quella del tribunato e dell'edilità, di una magistratura di dieci giudici plebei, i quali sarebbero precisamente i *decemviri lilibus (stlitibus) iudicandis*, che ci sono noti in età recente, primieramente da documenti del VII secolo¹⁾, e si dicono istituiti nel VI²⁾.

Tale opinione comune non si regge affatto³⁾.

Senza dire che non si conosce altra inviolabilità all'infuori della tribunizia e forse anche dell'edilizia, e nulla si sa di questi altri presunti ufficiali plebei⁴⁾, crediamo che nel testo sia qualche interpolazione o glossa prodotta da presunta connessione o relazione col notissimo decemvirato «*legibus scribundis*». Oppure ammessa l'esattezza del testo, insistiamo sull'ipotesi presentata in un nostro lavoro

¹⁾ C. L. L. I, 38; vedi GIRARD, *Hist. de l'organis. judiciaire des Rom.* I, p. 23, n. 2.

²⁾ POMPON. *Digest.* I, 2, 2, 20.

³⁾ Vedi particolarmente WLASSAK, *Röm. Prozessgesch.* I, 139 sgg.; KÜBLER in *Pauly-Wissowa R. Encyclop.* IV, 2261. Nessun rapporto intercede fra il presunto decemvirato giudiziario e quello leg. scrib. (come crede il prof. PAIS, *Storia di Roma*, I, parte 1^a, 563 sgg. 591; e parte 2^a, 633).

⁴⁾ Però il carattere plebeo non sarebbe argomento sufficiente a dimostrare impossibile l'identità dei due collegi decemvirali giudiziari, il presunto e lo storico. Giacchè si potrebbe sempre supporre che il nuovo sorgesse sullo stampo dell'antico e ne prendesse il posto, con carattere non più plebeo. anno II, p. 188).

giovanile « Le leges sacratae del 260 a. C. » (Catania, 1891), pp. 40-42 ¹⁾. Bisogna considerare che i giuristi interpreti (in Liv. loc. cit.) tacciono di questi decemviri; anzi quelli citati da Livio in primo luogo, non parlano nè di loro nè degli iudices; e specialmente ²⁾, che nelle leggi costituenti i privilegi plebei, era necessaria l'indicazione del numero dei difensori della plebe (*decemviri*), cosa questa di non poca importanza secondo la tradizione, che riferisce per l'anno seguente una disposizione riguardante l'elezione diretta e regolare di tutt'e dieci i tribuni della plebe ³⁾. Che inoltre non poteva mancare la menzione dell'attribuzione, data come caratteristica degli edili pl., dalla tradizione ⁴⁾, cioè di « *iudices* », onde nel tempo antico l'edilità plebea non poteva esser diversa dalla carica dei giudici plebei. Pertanto non resta che ammettere: che nel testo antico e genuino, il quale subì più tardi alterazioni, si parlasse dei soli tribuni ed edili pl., vale a dire si dicesse *decemviris tribunis plebis aedilibus iudicibus*, e che poi, per un semplice spostamento, la parola *decemviris* fosse separata da *tribunis plebis*, cioè dal primo posto passasse all'ultimo.

F. P. GAROFALO.

¹⁾ Cf. anche le nostre *Note di storia antica* (in *Rivista bimestrale di Antichità*, a. II, p. 183).

²⁾ Si potrebbe aggiungere la stranezza dell'espressione « *iudices decemviri* » in testo di legge (ZUMPT, *Das Criminalrecht*, II, 23 sg.).

³⁾ Liv. III, 65, 1. Un'altra legge, relativa alla *cooptatio*, parla appunto del numero *decem* (Liv. III, 64, 10).

⁴⁾ DIONYS. HAL. VI, 90.

APPUNTI BIBLIOGRAFICI

Stephan Brassloff. *Zur Kenntnis des Volksrechtes in den romanisirten Ostprovinzen des röm. Kaiserreichs.* - Weimar, H. Böhlau, 1902, in-8, pag. IV-92 — Pregevole produzione nel campo della papirologia questa del Brassloff, che vi studia nei due primi capitoli (*Executivclausel und beneficium excussionis*, *Beneficium excussionis und Gestellungsprivileg*) la clausola esecutiva e le garanzie giurate di comparizione, nel terzo (*Der ἄρπαφος γάμος des syrisch-römischen Rechtsbuches*) il matrimonio non scritto del diritto siro-romano. Si è annunciato già e dato conto in queste stesse colonne degli studi papirologici del Wenger (vedi sopra, pag. 74, sgg.), che appunto alle garanzie di comparizione contenute in parecchi papiri greco-egizi rivolse le sue ricerche, rilevando un intimo nesso tra codesto istituto provinciale e quello del *vindex* romano e conchiudendo a favore di una diretta influenza del diritto imperiale sul greco-egizio. I risultati cui perviene il Brassloff sarebbero invece perfettamente opposti, perocchè nulla dell'istituto del *vindex* può riscontrarsi in quei documenti e quel che in essi si contiene deve semplicemente ricondurre

a quel caso speciale di garanzia, che si presta quando sia assente il debitore principale e che si risolve nel noto *beneficium excussionis* regolato e disciplinato dal diritto imperiale nella novella 4. Non meno originali e interessanti sono i risultati del secondo studio, circa la origine dell'*ἄρπαφος γάμος*, i suoi rapporti con l'*ἑγγαφος γάμος* e il cosiddetto 'anno di prova' che avrebbe preceduto la definitiva conclusione del matrimonio per lo esperimento della eventuale sterilità della donna. Confrontando i caratteri del matrimonio non scritto secondo le disposizioni del libro di diritto siro-romano, da un canto con quelli del matrimonio nel diritto bizantino e nell'ebraico, dall'altro con quelli del matrimonio romano, l'A. respinge le conclusioni cui era pervenuto il Bruns e negando le analogie e le identità riscontrate da questo tra quei diritti, sostiene che nessuna influenza esercitò il diritto romano sul diritto orientale, il quale in questo campo oppose viva resistenza agli elementi del diritto imperiale e si mantenne quasi puro nei suoi caratteri etnici.

Vittorio Scialoja. *Sulla l. 1 § 2 Dig. de dolo malo*, 4, 3. - (Estr.

dai *Rendic della R. Acc. dei Lincei*, 1903, pag. 2) Breve ma succosa nota questa dello Scialoja, con la quale si mira a dare alla tormentosa frase 'posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem *deserviant* et tuentur vel sua vel aliena' contenuta nella famosa definizione del dolo, una spiegazione più soddisfacente di quelle che furon date sin qui, con correzioni o senza, dai pandettisti. Il chiaro A., respingendo la correzione della vulgata che sostituisce *servant* a *deserviant*, propone di correggere *se servant*, per modo che il testo nel dare il concetto del dolo buono, sarebbe molto naturalmente passato dalle dissimulazioni adoperate per salvar la propria vita e integrità personale, a quelle dirette a proteggere le cose proprie e le altrui.

Otto Hirschfeld. *Die Monumenta des Manilius und das Ius Papirianum*. (Estr. dai *Sitzungsber. der K. Pr. Ak. der Wiss.*, 1903, pag. 11. — Le ricerche di questa nota son dirette a stabilire qual fosse il contenuto dell'opera che in Pomponio (Dig. 1, 1, 2) soltanto si trova citata col nome di *Monumenta Manilia*, e quale il rapporto tra questa e il cosiddetto *ius papirianum*. I risultati cui l'illustre scrittore perviene, mediante una rigorosa e brillante dimostrazione, sembrano tali da poter considerare ormai risoluto il duplice quesito. L'opera non era un libro dogmatico-giuridico, ma piut-

tosto una raccolta di atti di contenuto giuridico, la quale per l'interesse storico potè conservarsi fin negli ultimi tempi dell'impero. Di carattere principalmente storico-religioso, essa conteneva le leggi di Numa, e forse anche altri documenti. Tale raccolta non è punto da identificarsi coll'*ius papirianum*; essa non è in alcun modo da questo dipendente, perocchè i *mon. maniliana* precedettero nel tempo l'*ius papirianum*.

Rudolf Kaulla. *Der Wertbegriff im römischen Recht*. (Estr. dalla *Zeitschr für die ges. Staatswiss.*). 1902, pag. 47. — Non uno studio generale dei concetti e delle teorie economiche presso i Romani, ma una diligente ricerca del concetto del 'valore' nel diritto romano è la presente monografia. Il valore come mezzo di scambio ed elemento capitale di ogni negozio giuridico è qui studiato appunto sulla base delle fonti giuridiche; e poichè nella lunga storia romana si hanno sviluppi maravigliosi di civiltà di fronte ad un primitivo stadio quasi barbaro e a decadenze repentine, opportunamente il Kaulla divide le sue ricerche a seconda di codesti periodi, studiando il suo argomento dapprima nel tempo delle XII tavole, poi in quello del maggior fiore di Roma, da ultimo nel momento della decadenza, nel basso impero. La natura delle indagini raccomandano la lettura della interessante monografia.

R. de R.

Nei Rendiconti dell'Accademia di Berlino il prof. OTTO LENEL ha pubblicato con dotto commento due frammenti di un libro di antico giureconsulto, ch'egli ritiene siano la *Disputationes* di ULPIANO, recentemente scoperti in un foglio di pergamena appartenente alla Biblioteca di Strasburgo. Col permesso dell'autore ripubblicheremo questi importanti testi nel prossimo fascicolo.

Alla profonda commozione che la morte di **Teodoro Mommsen** ha prodotto in tutto il mondo civile, prende parte vivissima anche il nostro Istituto, del quale il Mommsen fu fin dalla sua fondazione socio onorario. Del grande storico e giurista, al quale debbono tanto gli studi romanistici, sarà più ampiamente e degnamente parlato nel prossimo fascicolo.

ERRATA CORRIGE

Nel fascicolo precedente di questo stesso volume, dove è pubblicato l'articolo del prof. S. SOLAZZI, La revoca degli atti fraudolenti del debitore nel diritto romano classico, e precisamente alla pag. 150, linea 2, dopo le parole « azione rescissoria » devi aggiungere: « contro l'acquirente ».

INDICE DEL VOLUME XV

Memorie:

DE RUGGIERO ROBERTO. — Il « dies impossibilis » nei contratti e nei testamenti. Saggio sulla teoria del « dies » in diritto romano	Pag. 5
COSTA EMILIO. — Le figurazioni allusive alle leggi sopra le monete consolari romane	66
DI MARZO SALVATORE. — Appunti sulla dottrina della causa lucrativa (<i>cont.</i>)	91
SOLAZZI SIRO. — La revoca degli atti fraudolenti del debitore nel diritto romano classico	127
HESKY RICHARD. — Alcune note intorno alla significazione della parola « lex » (Dig. XXXVIII, 8, 1, 2)	169
DE RUGGIERO ROBERTO. — Studi papirologici sul matrimonio e sul divorzio nell'Egitto greco-romano	179
LONGO CARLO. — L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano (<i>continuaz. e fine</i>)	283
GAROFALO F. P. — La « Lex Cincia de donis et muneribus » .	310
GAROFALO F. P. — A Liv. III, 55, 7: Sui « Decemviri stlitibus iudicandis »	313

Recensioni:

WENGER LEOPOLD — Rechtshistorische Papyrusstudien (rec. R. DE RUGGIERO).	74
Appunti bibliografici	85, 175, 315

Errata-Corrige:

Al papiro di Antinoe dell'a. 454	73
A SOLAZZI, <i>La revoca degli atti fraudolenti</i>	317



BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO XV (1902) - FASC. I-II

ROMA
ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
Corso Umberto I, 807
(presso il CIRCOLO GIURIDICO)

—
1903

BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

ANNO XV - FASC. I-II

SOMMARIO

Memorie:

- Dr. ROCCO ROBERTO. — Il 'dies imperabilis' nei contratti e nei testamenti Romani sulla forma del 'dies' in diritto romano. 174
COSTA EUGENIO. — Le figurazioni allusive alle leggi sopra le maniere condotti Romani 180
Correzioni al paper di Aulione dell'anno 454 181

Recensioni:

- WANDER LUDWIG. — Realitätsästhetische Papyrusstudien (rec. R. de Rubeis). 182
Appunti bibliografici 183

PREZZO D'ABBONAMENTO PER UN ANNO L. 15.
QUOTA ANNUA PER I SOCI DELL'ISTITUTO L. 30.

Per quanto concerne la DIREZIONE del *Bullettino* rivolgersi al Segretario perpetuo Vittorio Schiolla, professore nella R. Università di Roma, Piazza Gramsci, 5. Roma.
Per quanto concerne l'AMMINISTRAZIONE, le quote dei soci e gli abbonamenti debbono inviarsi all'Amministrazione dell'Istituto di Diritto Romano, Roma, Corso Umberto I, 307 (presso il Circolo Giuridico).

Gli editori e gli autori che desiderano essere bibliografati nelle opere da essi pubblicate, sono pregati a volerle inviare all'Istituto quaresima, Fascicolo I, 1924.

La recensione e il cenno bibliografico saranno fatti con la massima sollecitudine e una copia del numero che li conterrà sarà inviata al mittente.

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO XV (1902) - Fasc. III-IV

ROMA

ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

Corso Umberto I, 307
(presso il Circolo Giuridico)

1903

BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

ANNO XX - Fasc. II-IV

SOMMARIO

Memorie:

Dr. MARCO DEL VATORE — Appunti sulla divisione delle cose fungibili (<i>Continuum</i>)	105	41
SEVERINO SILEI — La teoria degli atti fraudolenti del debitore nel diritto romano classico	117	42
(1932) RICHARD — Alcune note intorno alla significazione delle parole <i>res</i> (Dig. XXVIII) §. 1, 2)	119	43
Approvati bibliografici	120	44

PREZZO D'ABBONAMENTO PER UN ANNO L. 15.

QUOTA ANNUA PER I SOCI DELL'ISTITUTO L. 30.

Per quanto concerne la DIREZIONE del *Bullettino* si rivolgerà al Segretario perpetuo VITTORIO SOLDOJA, professore nella R. Università di Roma, Piazza Giraudi, 5, Roma.

32 Per quanto concerne l'AMMINISTRAZIONE, le questioni dei soci e gli abbonamenti debbono rivolgersi all'AMMINISTRAZIONE dell'Istituto di Diritto Romano, Roma, Piazza Umberto I, 307 (presso il Circolo Giuridico).

Gli editori e gli autori che desiderano venir bibliografati nelle opere da essi pubblicate, sono pregati a volerlo inviare all'Istituto (Roma, Piazza Umberto I, 307).

La redazione è lieto di ricevere bibliografici sapienti fatti con la maggiore sollecitudine e una copia del numero che li conterrà sarà inviata ai richiedenti.

V. GIARD & E. BRIÈRE, ÉDITEURS

PARIS - 10, Rue Soufflot - PARIS

EDOUARD LAMBERT

PROFESSEUR DE DROIT À L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE RÉGIME SUCCESSORAL

INTRODUCTION

La fonction du droit civil comparé.

I. — Les prescriptions systématiques ou théoriques.

ABSTRACT (Les diverses parties du droit comparé basculent les unes sur les autres)

La politique juridique, le développement et la théorie comparative des principes

Les rapports du droit français et du droit comparé

Un vol. de 300 pages, 1911-1912

MILANO - SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA - MILANO

Via Kramer, 4 A - Cell. De-Cristoforo 54.

LE LEGGI DI HAMMURABI

RE DI BABILONIA

(M. 2285 - 2242 av. Cristo)

(CON INTRODUZIONE E NOTE)

Prof. PIETRO BONFANTE

Un elegante volume in 16

in carta lucida col fascicolo del basculino del documento. L. 1,60.

LEIPZIG - A. DEICHERTSCHE VERLAGSBUCHH. NACHF.

(GEORG BÖHME)

Geschichte der Quellen des Römischen Rechts.

VON

DR. THEODOF KIPP

PROFESSOR DER RECHTSGESCHICHTE AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Das Buch ist in zwei Teile unterteilt. Der erste Teil ist in drei Bände unterteilt.

GAI **A. GELLII**
INSTITUTIONUM **NOCTIUM ATTICARUM**
 COMMENTARII QUATTUOR **LICII**

Separatim et Independenter auctoritate
 scientiae reliquiarum a PH. EDUARDO
 HUSCHKE commentariorum sollicitudine curata.

PUBLIANTUR

E. SEGMEL ET R. KIEHLER

Lipsiae, Thulmayer, 1883, in 8.
 p. XXXV-502.

Præf. MARTINUM UERTZ

curavit

CAROLUS HUSCHKE

Lipsiae, Teubner, 1882, in 8.1-1891, 2.
 p. LVII-372; vol. II, p. 362.

PREZZO D'ABBONAMENTO PER UN ANNO L. 15.
 QUOTA ANNUA PER I SOCI DELL'ISTITUTO L. 30.

Per quanto concerne la **DIREZIONE** del *Bollettino* ri-
 volgersi al Segretario perpetuo **Vittorio Scialoja**, professore
 nella R. Università di Roma, Piazza Virgiliana, 5, Roma.
32° Per quanto concerne l'**AMMINISTRAZIONE**, le richieste
 dei soci e gli abbonamenti debbono inviarsi all'**Ammini-
 strazione dell'Istituto di Diritto Romano**, Roma, Corso Um-
 berto I, 307 (presso il *Circolo Giuridico*).

Gli editori e gli autori che desiderano venuti bibliografati nelle opere
 da essi pubblicate sono pregati a volerlo inviare all'Istituto (Corso Um-
 berto I, 307).

La recensione e il cenno bibliografico saranno fatti non la maggiore sul
 fascicolo, ed una copia del numero che li conterrà sarà inviata al richiedente.

EDOUARD CUG

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A L'UNIVERSITÉ DE BAYE

LES INSTITUTIONS JURIDIQUES DES ROMAINS

Notamment dans leurs rapports avec l'état social et avec les progrès
de la jurisprudence.

TOME II: *Le droit classique et le droit du Bas-Empire.*

Paris, Librairie Paul Sirey et C^{ie}, 1902, in-8, pag. 11-302.

TORINO - FRATELLI BOCCA - EDITORI

ARRIGO DERNBURG

PROFESSOR DE DROIT ROMAIN A L'UNIVERSITÉ DE GIESSEN

DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI

Prima traduzione del tedesco sulla 28^a edizione

di

FRANCESCO BERNARDINO GIULIA

CON UN'AVVERTENZA DI V. SCIALOJA E DI M. CHIRONI

Un grosso volume in-8, di pag. 315-348, L. 15.

BERLIN - CARL HEYMANNS VERLAG

D^r EUGEN EHRLICH

PROFESSOR DE DROIT ROMAIN A L'UNIVERSITÉ DE GIESSEN

Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen

I THEIL: DAS IUS CIVILE, IUS PUBLICUM, IUS PRIVATUM

Ein volume di pag. 100-110, L. 5.

È apparso recentemente

OTTO LENEL

ESSAI DE RECONSTITUTION DE L'ÉDIT PERPÉTUEL

FRÉDÉRIC PELTIER

Tome II.

LONDON - FROVARDIS

THE TEBTUNIS PAPYRI

R. P. HERNFELD, A. S. HUNT and G. SMYLY

PART I

PREZZO D'ABBONAMENTO PER UN ANNO L. 15.

QUOTA ANNUA PER SOCI DELL'ISTITUTO L. 20

BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO XV (1902) - FASC. V-VI

ROMA
ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
Corso Umberto I, 307
(presso il CIRCOLO GIURIDICO)

1903

BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

Anno XV - Fasc. V-VI

SOMMARIO:

Memorie:

DE ROMANO Giovanni. — Studi papirologici sul notariato e sul commercio nell'Egitto greco-romano	Page 175
LIVINI Carlo. — L'origine della successione testamentaria nelle fonti del diritto romano (<i>ambasciatore e pater</i>)	205
GIARDINO P. P. — La « Lex Cincia de donis et muneribus »	215
GIARDINO P. P. — A Liv. II, 65, 73. Sul « <i>Decretum</i> » di Publio ambasciatore	225
Appendici bibliografiche	235
Notizie ed errata corrigé	237
Indice del volume	239

PREZZO D'ABBONAMENTO PER UN ANNO L. 15.

QUOTA ANNUA PER I SOCI DELL'ISTITUTO L. 50.

Per quanto concerne la **DIREZIONE** del *Bullettino* rivolgersi al Segretario perpetuo **Vittorio Scialoja**, professore nella R. Università di Roma, Piazza Cenci, 5, Roma.

Per quanto concerne l'**AMMINISTRAZIONE**, le quote dei soci e gli abbonamenti dovranno inviarsi all'*Amministrazione dell'Istituto di Diritto Romano*, Roma, Corso Umberto I, 207 (presso il *Circolo Giuridico*).

Gli editori e gli autori che desiderano esami bibliografici sulle opere da essi pubblicate, sono pregati a volerle inviare all'Istituto (*Corso Umberto I, 207*).

La recensione o il cenno bibliografico saranno fatti con la maggiore sollecitudine e una copia del numero che li conterrà sarà inviata al mittente.

LEIPZIG - A. DEICHERT'SCHE VERLAGSBUCHH. NACHF.
(GEORG BÖHME)

Dr. SIEGMUND SCHLOSSMANN

O. PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT KIEL

Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren

M. 4.80.

FIRENZE - G. BARBERA, EDITORE - FIRENZE

EMILIO COSTA

PROF. ORDINARIO DI DIRITTO NELL' UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

STORIA DEL DIRITTO ROMANO PRIVATO

Un volume in-8, di pag. 247 (Vol. VI dei *Manuali Barbèra*) **L. 2.**

È apparso in questi giorni:

VOCABULARIUM IURISPRUDENTIAE ROMANAE

IUSSU

INSTITUTI SAVIGNIANI

COMPOSITUM

FASCICULUS IV: *ceterum - cymbium.*

Berlino, Editore Georg Reimer, 1903: un grosso fascicolo contenente
le pag. 737 a 1160. **M. 10,60.**

SILVIO PEROZZI

PROFESSORE ORDINARIO D'ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO
NELLA R. UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

LE OBBLIGAZIONI ROMANE

PROLUSIONE LETTA IL 14 APRILE 1902

CON NOTE

Bologna, Ditta Nicola Zanichelli, 1903, in-8, p. 156 - Prezzo **L. 4.**

LEIPZIG - VERLAG VON C. L. HIRSCHFELD

**FREIE RECHTSFINDUNG
UND
FREIE RECHTSWISSENSCHAFT**

Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien
am 4. März 1903

Von

Dr. EUGEN EIDELICH

(Professor der Rechte an der Universität Wien)

PREZZO D'ABBONAMENTO PER UN ANNO L. 15.
QUOTA ANNUA PER I SOCI DELL'ISTITUTO L. 30.

Per quanto concerne la **DIREZIONE** del *Bullettino* si rivolgerà al Segretario perpetuo Vittorio Scialoja, professore nella R. Università di Roma, Piazza Cenciotti, 2, Roma.

2.^a Per quanto concerne l'**AMMINISTRAZIONE**, le quotate dei soci e gli abbonamenti dovranno inviarsi all'*Amministrazione dell'Istituto di Diritto Romano*, Roma, Corso Vittorio I, 307 (presso il *Circolo Giuridico*).

Gli editori e gli autori che desiderano recensioni bibliografiche sulle opere da essi pubblicate, sono pregati a volerle inviare all'Istituto (come *Bullettino I, 307*).

Le recensioni e il recap bibliografico saranno fatti con la massima sollecitudine, ed una copia del numero che li conterrà sarà inviata al mittente.

